Law Reform Commission of Canada

Working Paper No. 3

the principles of sentencing and dispositions

March 1974

L.R.
KA
80.5
.Se59
1974
Copy 2

©
Information Canada
Ottawa, 1974
Cat. No.: J32-1/3-1974

NOTICE

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing by July 1, 1974, to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
William F. Ryan, Q.C., full-time member
Dr. J. W. Mohr, full-time member
M[me] Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member
John D. McAlpine, part-time member

Sentencing and Dispositions project staff

Keith B. Jobson, B.A., B.Ed., LL.B., LL.M., J.S.D., director
James J. Threlfall, B.A., LL.B.
Robert Murrant, B.A., LL.B., LL.M.
Gerald A. Ferguson, B.A., LL.B., LL.M.

Consultants

Judge René J. Marin
William R. Outerbridge, B.A., M.S.W., M.Crim.
F. C. R. Chalke, M.D., M.Sc., F.R.C.P.(C).
Bruno Cormier, M.D., D. Psy., Psy.(Q).
Anthony N. Doob, B.A., Ph.D.
R. J. McCaldron, M.D., D.Psy., F.R.C.P.(C).

CONTENTS

Preface ..... (ix)

Introduction 1

Purposes and Principles 3

An Alternative Procedure: Diversion 7

Intake Service: Criteria 11

Custodial or Non-Custodial Dispositions: Criteria 13

Release Procedures 15

Supervising the Execution of the Sentence 17

Roles and Functions Within the Sentencing Process 19

1. The Victim 19
2. The Offender 19
3. The Prosecutor 20
4. Judges or Sentencing Boards 21

Structuring Discretionary Power in Sentencing 25

Community Input in Dispositions 29

Compensation 31

Summary 33

Preface

This is a general introductory paper on the subject of sentencing and dispositions. It does not purport to be an academic treatise or a detailed analysis of all the issues in the area but rather seeks to identify the major issues while leaving further analyses for individual follow-up papers. For example, other papers will examine issues relating to imprisonment, deterrence, probation and compensation to victims of crime. Similarly, while the need for diversionary procedures are outlined in this paper it is contemplated that subsequent papers will examine such alternatives in more detail. In addition, other Commission papers will examine topics related to sentencing and dispositions such as the classification and definition of offences.

The purposes of this paper are to raise what are seen to be core issues in sentencing and dispositions, to indicate a general approach or position on these issues, to suggest that fairness and rationality in sentencing would be encouraged by a legislative statement of principles and criteria and to invite public discussion on these points. Consequently, the paper is not laden with detailed references to academic writings or scientific reports. Such writings and reports have been taken into account in formulating the paper. Supporting material and references are available at the Commission.

In drafting this paper, terminology has been an ever present problem. Words such as "punishment" and "treatment", for example, are used by different people in different ways. In addition, "retribution", "rehabilitation", "deterrence" and "incapacitation" have various meanings that may not be clear even to those who use them. They, nevertheless, imply ideological approaches to the question of sentencing. Today, changing values and concerns over the purposes of criminal law and sentencing suggest not an abandonment of the old terms but a decreased emphasis on them. Accordingly, in this paper rather than define "punishment" to mean any imposition by the state in the name of criminal law including medical or other treatment, the word "sanction" has been used.

In this sense, "*sanction*" means a penalty imposed; it may be imposed for purposes of punishment, protection, restitution, or treatment. The notion of "sanction" is wide enough to include such orders as conditional or absolute discharge: orders which can hardly be described as either punishment or treatment. Sanctions may be con-

sensual as in restitution, or they may be imposed without the consent of an accused as in the case of imprisonment. In the sense that they take note of the wrong done, sanctions have a value in themselves.

Punishment is used in the narrow sense of a sanction imposed for the purpose of giving adequate expression to the seriousness of the offence and concern over damage done to individual rights and social interests. In reflecting a need to right the wrong and to relate the disposition to the seriousness of the offence, punishment may contain elements of a limited retribution and emphasize the common good and the need for public protection.

Deterrence as used in this paper, refers both to "general deterrence", sanctions imposed for the purpose of threatening or "educating" potential offenders to stay within the law; it also includes "specific deterrence", sanctions imposed for the purpose of restraining a specific accused from repeating his offence.

As used in the paper, *rehabilitation* relates less to the common good and more to specific offenders. It refers to those procedures that are used in favor of offenders. In a sense, these procedures are by way of mitigation of sanctions.

Sentencing is used to refer to that process in which the court or officials, having inquired into an alleged offence, give a reasoned statement making clear what values are at stake and what is involved in the offence. As the sentence is carried out, it may be necessary from time to time, as in probation, to change or amend conditions relating to the sentence.

Disposition is used to refer to the actual sanction imposed in sentencing, whether this be at a pre-trial diversionary procedure or following conviction at a regular trial.

The organization of the working paper shows that we do not consider "sentencing" as a function which begins at the end of the trial and ends at the beginning of the sanction but as a process related to all stages of the administration of justice. The pronouncement of an amount of money to be paid or of a time to be served in an institution or even the imposition of such measures as probation, do not provide sufficient grounds to re-evaluate and to re-shape what many consider to be the cornerstone of the criminal process.

Introduction

The purposes of the criminal law and of sentencing and dispositions are closely tied together. Unless we know what the purposes of the criminal law are, or ought to be, we will not know how to formulate a consistent and rational sentencing policy. How a society defines those purposes and aims tells us a great deal about the kind of people who live in that society and what their values are. Quite clearly, in a fast changing society, such as ours today, it can be expected that the criminal law may be regarded differently than in a stable society which saw the enactment of the present criminal code over seventy years ago.

In those days, men were confident that they had the answers to a whole range of social problems including criminal law; today men are not so confident, for many of the assumptions of Victorian morality have been abandoned under the impact of rapid social and technological change.

This rapid and accelerating change in values is one of the most dramatic developments in the history of man. Many people grappling with the problems of drug use, of increasing petty theft or death and injury caused by automobile drivers or the risk to life and health posed by industrial and urban pollution, may agree with Alvin Toffler when he says that changes in values are now so rapid that the indentity between one generation and the next is shattered. Should this generation presume to use the criminal law to bind the values of future generations?

Since the criminal law is only one of the ways in which society attempts to promote and protect certain values respecting life, morals and property, it becomes important, if we are to avoid unnecessary social conflict and alienation, that the criminal law be used with restraint. We may choose to be tolerant of different life styles and values rather than rigidly repressive.

As to certain core values respecting the dignity and well-being of the individual or the ultimate authority of state power, there may be a wide measure of agreement and support. In respect of other values relating to life style and morality, including the use of alcohol and drugs, obscenity or certain kinds of sexual conduct, there may be a wide measure of disagreement as to which values should prevail.

Where conflict arises in an area in which values may be changing or uncertain, or where the injury to the protected value is small, we may

not wish to resort to the full force of the criminal trial, conviction and sentence. Within the criminal law, is there not room for settlement and arbitration as well as for adversary court room trials? Is there not room in a large number of cases for recognizing the injury to the victim as well as the injury to society? The least damaging intervention by the state and the most satisfying intervention as far as the victim is concerned may often be encouragement of restitution or other settlement or an arbitration at the consent of the victim and the offender, again with a view to restitution and compensation.

Such an approach draws from historical experience indicating the inevitability of crime and the futility of trying to stamp out conflict between individuals. It recognizes the need to protect, support and make clear core values without assuming that offenders are sick and in need of treatment. Nor does it assume that simple vengeance is an appropriate response to crime generally. Rather, it is suggested that society's interest in having certain values upheld and protected can often be met by giving primary attention to the injured victim and by promoting a fair and just reconciliation between the offender and the victim.

In framing a criminal law and sentencing policy for the next few years, can we do better than to recognize the limitations of criminal law and corrections? Can we do better than to insist that whatever state intervention is taken through the criminal law in the lives of individuals, it should be justifiable as serving some common good, and that the intervention be limited by considerations of fairness, justice and humanity?

Purposes and Principles

In the sentencing and disposition of offenders, a prime value ought to be the dignity and well-being of the individual. It is self-evident that criminal law and social change in Canada seek to articulate, distribute and protect this and other values important to society. Laws protecting inviolability of the person and sanctity of life are simply illustrations of the prime value placed on individual dignity and well-being. This value commands that attention be paid not only to the interests and needs of the collectivity but to the offender and victim as well.

Enhancement, re-alignment and protection of community values justifies intervention by the state in the benefits or rights enjoyed by an offender. Such intervention, however, cannot be justified where there is no net gain to the interests of the community, including the victim and his family.

Thus, there are two bases upon which to justify an initial intervention by criminal law and sentencing: the common good and the sense of justice which demands that a specific wrong be righted. In other words, state intervention to deprive offenders of their property or freedom may be justified on a theory of justice according to which the wrong done ought to be righted. It would seem, however, that as a preliminary justification, it should be shown that state intervention would serve the common good; otherwise it could be said that men should be subject to sanctions, even though such sanctions appear useless.

No matter which of the two bases is used as a justification for initial state intervention, it is important, in deciding questions of sanctions, that state intervention be limited so that (1) the innocent are not harmed, (2) dispositions are not degrading, cruel or inhumane, (3) dispositions and sentences are proportional to the offence, (4) similar offences are treated more or less equally, and (5) sentencing and dispositions take into account restitution or compensation for the wrong done.

The above criteria offer a place for deterrence and rehabilitation in a sentencing policy but a place that has limitations. The common good provides a means whereby deterrence, particularly through the educative aspect of sanctions, may be used, along with incapacitation, to underline the wrong done to common values and to re-affirm or protect those values. Justice, on the other hand, in focussing on the wrong done and the need to restore the rights of the victims, provides an opportunity to

individualize the sentence and to emphasize the need for reconciliation between the offender, society and the victim. Thus, within the context of a sentence which reflects the gravity of the harm done and is humane, there is room for restitution and rehabilitation.

Rehabilitation, in the sense of improving the offender's ability to cope with life, may not be an unimportant factor in sentencing. Too frequently, rehabilitation is measured only in terms of reduced recidivism, a measure that has repeatedly demonstrated the limited capacity of treatment or rehabilitation to control crime. Yet, to improve an offender's life skills or to reduce his personal suffering are simple, humane gestures that should have a proper place in sentencing policy. Such rehabilitative efforts, indeed, may even have indirect benefits in reducing recidivism in particular cases.

This indirect benefit, however, is at present tenuous and difficult to achieve. First, there is the problem of proven treatment programs. It is very difficult to point to any particular treatment program and claim proven results in terms of crime reduction. The reports are equally disappointing whether the program was designed to change attitudes and outlook or develop educational and job skills. Secondly, in selecting those offenders appropriate for treatment, science constantly confesses an inability to predict accurately who is in need of treatment. This problem of inadequacy in prediction is common to bail and parole applications as well but takes on special significance with respect to treatment of allegedly dangerous or violent offenders. If it is not possible to identify accurately those in need of treatment, nor to run programs successful in preventing crime, it would be unwise to base sentencing policy on rehabilitation and treatment. Nevertheless, as indicated above, a sentence determined on the basis of what is fair and just may well provide for rehabilitation within its confines.

Ignorance and uncertainty respecting deterrence likewise raise deep moral and practical problems for the legislator or judge who bases dispositions on the false assumption that a bigger stick is the answer to crime. While criminal laws, arrest and trial procedures, sentencing and the experience of jail probably do have a collective deterrent effect for some classes of persons in respect of some types of crimes, the deterrent effect of sentences *per se* is problematical. Longer terms, generally, do not appear more effective than shorter terms in reducing recidivism and prison appears no more effective than release under supervision in preventing recidivism.

When a judge sentences an offender to jail "to protect the community" what does he mean? Does he mean that the jail term will reduce the likelihood of this particular offender committing another crime, or does he mean that while the offender is locked up the com-

munity will be free of his depredations, or does he mean that the sentence of imprisonment will deter others from committing similar crimes? Of these three possible meanings, only the second can be fully accepted and even then the security offered by imprisonment is short lived: the average term of imprisonment for break and enter, in Canada, for example, is fourteen months. Since the law remits one-third of the sentence as a reward for good behaviour and permits release on parole at an early stage of the sentence, the actual time spent in the institution, on the average, is less than ten months for this offence.

The first of the three possible interpretations, above, is definitely unfounded by the evidence; if anything, it is said, jail is likely to strengthen recidivism rather than reduce it. As to imprisonment serving as a general deterrent to the rest of us, the evidence is highly uncertain. Professional criminals probably are deterred by a real risk of being put out of business for a year or two. Other persons who have previously been imprisoned probably are not greatly deterred by the knowledge that the court has imposed a term of imprisonment on someone else. For the vast majority of law abiding people, arrest and trial and the shame and stigma of conviction probably are a greater deterrent than imprisonment. But even these are becoming less effective deterrents as an over-extension of the criminal law in drugs, drinking, gambling and other crimes affects greater and greater numbers of otherwise "law-abiding" citizens. In addition, for a marginal group, whose conduct is not dominated by passion or sub-conscious drives who live on the borderline of crime, imprisonment may have some deterrent effect, but how much greater it is than the deterrent effect of arrest or trial is now known.

Some further light on the probable deterrent effect of sentencing and dispositions can be gained by taking a look at what is actually happening in respect of selected crimes. It stands to reason that if the chances of being charged and convicted are very low, the deterrent effect of the threatened sentence is probably low as well. Studies show that greater deterrence is more likely to result from increased certainty of apprehension rather than increased severity of sentence.

This being the case, it is instructive to note that, among the most common offences, various crimes against property, most are not cleared up by police. In 1970, in respect of theft over $50.00, charges were laid only in ten cases out of every one hundred reported. In break and enter, charges were laid in sixteen cases out of one hundred. In addition, another six to twelve per cent of cases were cleared up in some other way than by laying a charge. If the risk of charges being laid is only about one out of ten in theft and break and enter there is a limit to what sentencing can do to measurably increase the deterrent effect of

the law. Needless to say, if unreported thefts and break and enters were taken into account, the risk of being charged would be even lower. Indeed, certainty of apprehension in respect of some of the most common crimes in Canada is so low that it is unreasonable to expect harsh sentencing laws to compensate for this weakness.

To a lesser extent the same point may be made with respect to the most common crimes against the person: assaults (assaults constitute almost 70 per cent of offences against the person) robbery and rape. The percentages of such cases cleared by charge in 1970 were 34.5, 26.8, and 47.8 respectively, although when clearance by other modes were taken into account, it can be said that approximately seven out of ten reported assaults, woundings and rapes were cleared by charge or otherwise and one out of three robberies.

While the ability of criminal law and sentencing in particular to deter or treat offenders is obviously limited, this does not mean that nothing should be done. Without the criminal law, one could imagine that crime would flourish with impunity. From the scholarly research and examination of practices, however, we can draw some better understanding of what the criminal law cannot do very effectively; we can get some insight into what ought to be the primary purposes and emphasis in sentencing and dispositions. Is it realistic to expect the law to do more than to take note of the gravity of the offence and, through a range of dispositions, to affirm, uphold and protect core community values?

An Alternative Procedure: Diversion

Crimes brought to the courts under the criminal Code in rank order of frequency are (1) thefts and possession of stolen property, (2) automobile offences including impaired driving, (3) being drunk or causing a disturbance, (4) assaults, and (5) break and enter. Many of the thefts involve property values of less than $50.00 and even in break and enter, in general, the average value of property stolen is less than $150.00. In short, the bulk of the work of the courts in Criminal Code offences involves rather minor violations of property values or such problems as impaired driving or being drunk in public, some of which could, perhaps, be dealt with more informally and economically as regulatory offences. The luxury of an adversary battle in the criminal courts and the stigma of criminal conviction and sentence may not be necessary in all of these offences.

To protect property values, particularly in minor cases, or to protect the value of inviolability of the person as it arises in cases of assault, the criminal trial, again, may not be all that effective. Rights of possession and dignity of the person are protected by tort law as well as by criminal law. Family law protects and enhances fundamental values arising out of domestic disputes, including assaults. In family law, juvenile law or labor law, for example, the values that are protected and supported by law are not necessarily fought out in an adversarial court setting, but in a settlement or conciliation procedure. This mode of proceeding appears to be effective in underlining and clarifying interests and community values. Moreove , unlike the adversarial setting, conciliation enc rages full recognition of the interests of the victim and the need for restitution and compensation. At the same time, the issue of responsibility is not evaded but worked out with fairness, humanity and economy. Settlement and conciliation procedures might well be used in a range of rather minor offences, many of them property offences, where neither justice nor utility warrant the full exercise of the state's criminal law power through arrest, trial, conviction, sentence and custodial detention.

Provision for some consistent and rational means for diverting minor criminal cases from the court and into settlement procedures is also demanded on the basis of fairness: similar types of conduct should be treated more or less equally. Yet one of the most disturbing criticisms about sentencing and dispositions is that they tend to fall heaviest

on the young, the poor, the powerless and the unskilled. It is a fact that the greatest number of persons appearing in magistrates' courts charged with offences against property or causing a disturbance or assault are young people, either unemployed or working at low paying jobs. In addition to the purely economic factors, it may be agreed that the life styles of the young and the poor are more likely to bring them to the attention of police than is the case with business or professional classes. Discretion in law enforcement tends to divert business or professional classes from the criminal courts. Business frauds or thefts may often be dealt with by way of private settlement or restitution. On the other hand, people without money or influence, when caught in petty theft or shoplifting frequently are given no opportunity to make redress, and large numbers of them are prosecuted directly in the courts. These ordinary people, frequently, do not have the prestige, possess the bargaining skills, nor command the psychiatric, educational or economic resources to enable them to enter into settlements that result in a diversion of cases from the criminal courts. One of the most important things sentencing and dispositions can do is to attempt to overcome this inequality. To allow it to continue undermines the legitimacy of law itself.

Hence the importance of procedures that permit a consensual settlement of minor cases involving restitution, work, education or the taking of treatment where necessary. Where the accused is unemployed or without economic resources, he should be provided the opportunity to do work in private industry or the public service at no less than a minimum wage, paid by the state, if necessary. Educational opportunities already exist, many at state expense, as do psychiatric or general medical treatment. That is to say, the services necessary to make diversion operational are already available in many areas. What is needed, is not necessarily more services but a means whereby the services are made equally available despite social and economic differences among alleged offenders.

As already indicated police, prosecutors and judges now engage in diversionary practice on an *ad hoc* basis. A policeman will induce a thief to restore the goods and the victim agrees to drop the complaint. A Crown prosecutor agrees to stay proceedings providing the accused seeks psychiatric treatment. A judge adjourns a case *sine die* on condition that the accused be of good behaviour and finish his year's education. Indeed, in juvenile cases, family disputes and, to a lesser extent, in shoplifting cases, police in some cities and towns have developed a policy of diversion. In some centres, special units of the police are set aside with skilled personnel trained in handling these special kinds of disputes. In the United States, projects conducted by the Vera Institute

for Justice and others have demonstrated the value of court employment projects and other types of diversion schemes both before and following conviction. In certain Canadian cities, various judges and crown prosecutors have run informal diversion schemes over the years. More recently, in various provinces, the Native Peoples' Court Communicator Projects are trying out the feasibility of diversion schemes integrated with intensive follow-up services. Experience to date tends to show not only that diversion is feasible but that it reduces costs and offers a satisfying disposition without encouraging impunity.

As an alternative to the full adversary contest in the magistrates' courts, then, certain cases could be diverted for settlement or conciliation before a justice or other official. The settlement would result in a court order embodying the terms of the settlement and subjecting the offender to recall in default of performance. The justice would then have a discretion to vary the terms of the settlement or refer the case for trial in the usual way. References to alternative procedures will also be found in future Working Papers relating to criminal procedure and further reference to the functions of judge and prosecutor will be found later in this paper.

While there would be no conviction or sentences as such involved in the settlement, the process itself would have a deterrent effect in that it would be a valuable learning process for the offender. This would stem from his having to appear in answer to a charge, face the victim, acknowledge responsibility or partial responsibility for the alleged wrong and meet the challenge to come forward with some concrete undertaking to restore the wrong done. The settlement process itself would underline the values that society insists be respected. The settlement or conciliation procedure in its educative effect would thus promote the protection of core community values.

For the offender, such an experience may have an additional positive value. To see the victim as a person whose rights have been violated, paves the way for expiation. This incidental effect of settlement procedures may be especially helpful to some offenders. Unfortunately, the adversary nature of the criminal trial, where positions are polarized and where the psychological effect is such that the offender might well begin to believe himself blameless in a winner-take-all situation, is not conductive to an acceptance or responsibility or a recognition of the rights of others.

For the victim, the criminal trial may be equally unrewarding and destructive, whereas, the proposed settlement process restores him to the centre. What was his role in the alleged offence? What does he demand by way of satisfaction? We should not overlook the fact that, historically, before the king took collection of fines for revenue purposes,

compromise and settlement were commonly used. Now that Her Majesty is no longer dependent upon fines in order to balance the budget fresh consideration should be given to using diversionary or settlement processes as an alternative disposition.

Intake Service: Criteria

A diversion program such as is proposed here assumes an Intake Service to screen cases as they come in. The precise details of the screening service remain to be worked out but presumably a magistrate or some other person with experience and training, working according to certain standards and criteria, would make an initial determination whether a case should be sent on to trial in the ordinary way or diverted for settlement. In keeping with the philosophy already expressed, serious cases would not be appropriate for diversion. For these, the adversary contest of the criminal trial and the emphasis on a just and fair sentence should be retained. At the other extreme, there are cases where diversion clearly ought to apply, and in the middle, a range of cases where diversion might be appropriate depending upon the circumstances. For example, petty theft or having possession of stolen property under $200.00, common assault, homosexual offences, bestiality or exhibitionism, family disputes, mischief to property, joy riding, minor break and enter cases or cases involving certain types of mental illness, probably should be diverted unless there are strong factors pointing to the desirability of a trial. Other factors that might well affect the decision to divert would include whether or not it is a first or second offence, whether or not the offender is a juvenile or youthful offender, and whether there are community agencies or services available to assist in a satisfactory settlement of the case. Another consideration should be that the facts of the case make it reasonably clear that the offender committed the alleged act. Where there is a great uncertainy as to the facts, the case should be referred for trial with the option of having it sent back for settlement at the discretion of the trial judge. Needless to say, the consent of the victim and the offender are pre-conditions to diversion, settlement or mediation. A working paper on diversion procedures should also be concerned with who is to make the decision to divert, and on what kind of evidence.

To ensure justice, the decision whether or not to divert should be made in an open hearing. This also means there must be some record of the decision and the reasons for it. Without such protection, the intake officer would be open to charges of influence and bias that might be difficult to refute.

Custodial or Non-Custodial Dispositions: Criteria

Although a diversion procedure may provide an alternative disposition for certain kinds of cases, more serious cases would still be dealt with by way of trial with imprisonment as a possible sanction. Because of the doubtful effectiveness of imprisonment in reducing recidivism, however, and the high costs of imprisonment, both economic and social costs, as well as direct and indirect costs, economy demands that imprisonment be used with restraint. This is not to say that complete deprivation of liberty may not be a deterrent in some cases. After all, it is estimated that from 35 per cent to 60 per cent of those imprisoned as first offenders do not return. It may well be, however, that had they been placed on probation or fined they may not have returned either. No one really knows much about the effectiveness of sanctions. Because there is some reason to think that one sanction may be as effective as another, however, the principle of restraint may be a wise one. To assist the courts in deciding whether a custodial or a non-custodial sentence is proper, a Sentencing Guide should contain a statement of priorities and criteria to be considered in reaching such a decision. It is suggested that as a rule, the priority should be to impose a non-custodial sentence unless otherwise indicated upon consideration of the following criteria:

(1) the gravity of the offence;

(2) the number and recency of previous convictions; and

(3) the risk that the offender will commit another serious crime during his sentence unless he is imprisoned.

In applying the foregoing criteria it is suggested that a Sentencing Guide list factors such as those proposed in the New Draft Code (U.S.) that ought to be accorded weight in favor of withholding a custodial sentence:

(a) the defendant's criminal conduct neither caused nor threatened serious harm to another person or his property;

(b) the defendant did not plan or expect that his criminal conduct would cause or threaten serious harm to another person nor his property;

(c) the defendant acted under strong provocation;

(d) there were substantial grounds which, though insufficient to establish a legal defence, tend to excuse or justify the defendant's conduct;

(e) the victim of the defendant's conduct induced or facilitated its commission;

(f) the defendant has made or will make restitution or reparation to the victim of his conduct for the damage or injury which was sustained;

(g) the defendant has no history of prior delinquency or criminal activity, or has lead a law abiding life for a substantial period of time before the commission of the present offence;

(h) the defendant's conduct was the result of circumstances unlikely to recur;

(i) the character, history and attitudes of the defendant indicate that he is unlikely to commit another crime;

(j) the defendant is particularly likely to respond affirmatively to probationary treatment;

(k) the imprisonment of the defendant would entail undue hardship to himself or his dependants; and

(l) the defendant is elderly or in poor health.

There may also be need in a Sentencing Guide for extended terms of imprisonment for selected offenders such as habitual offenders and sexual offenders. Whether the so-called dangerous offender should also be dealt with by way of an extended term or by way of civil commitment, following completion of his ordinary term, will be the subject of another paper. In all such cases standards and criteria should be clearly spelled out in a Sentencing Guide as an aid to the court.

Where a court decides that a sanction involving complete deprivation of liberty is necessary, it should not, at the same time, ignore the question of treatment. The Commission will want to consider whether or not custodial sentences, in some cases, for humanitarian and rehabilitative reasons, should be served in a treatment institution. In such a case, the sentence ordering deprivation of liberty may be combined with a hospital order, permitting treatment on consent.

In addition, neither punishment nor public security demand that all custodial sentences involve absolute deprivation of liberty. There is room for week-end detention or detention in community hostels or work camps with varying degrees of control over residence requirements.

Release Procedures

Where imprisonment is imposed, a further problem arises in release procedures. Should the prisoner be detained until his full sentence has expired or should the sentence be shortened for various reasons? At present, sentences of imprisonment are almost always shortened either through remission for good behaviour or by parole. Under provisions of various statutes, a prison sentence is reduced by one-third if the prisoner behaves himself. In addition, prisoners can be released even earlier, on parole supervision. Do these release procedures make sense or should the law be straight and simple, so that a two year sentence means that the prisoner walks out a free man only when the two years have expired, no more, no less? Is remission for good behaviour essential to good discipline in the prisons? Can parole still be justified on the ground that it reduces recidivism? If parole cannot be shown to be effective in this respect, and there is some evidence to show that it cannot, should parole continue to be an integral part of sentences that deprive offenders of their liberty? Does common humanity or a desire to save public expense suggest an amelioration of loss of liberty by release under supervision where such release does not pose any substantial risk to the community?

One of the problems associated with release procedures involving remission and parole is that of fairness. Remission and parole decisions as well as those involving probation increase greatly the amount of administrative control over the prisoner. Is such increased control justifiable in terms of the purposes to be achieved? If increased administrative control over the offender can be so justified, is the power exercised fairly and according to criteria that the offender knows and understands? If remission and parole release procedures are not effective in achieving agreed-upon goals and if they increase the dependency and frustration of prisoners why should they be retained? These questions and others related to the need for standards of fairness in release procedures will be examined independently in a forthcoming paper.

Supervising the Execution of the Sentence

Once the judge has passed a sentence of imprisonment, the offender passes into the hands of the correctional system which supervises the carrying out of the sentence. The prison system may classify the offender according to various criteria and transfer him from one institution to another: work, educational or therapeutic programs may be made available to the offender, or denied him for various reasons. While in prison, he is subject to the rules governing the institution and may be punished for their breach. Such punishment no longer involves corporal punishment but it does run, for example, from isolation cells to loss of remission time, loss of work or recreational privileges, refusal to grant parole or revocation of parole. In addition, the prisoner may be subjected to brutality and degradation at the hands of guards or other prisoners.

Until very recently, the courts and Parliament have taken the view that what happens to the prisoner within the correctional institutions is entirely a matter of administrative discretion and not an area in which the traditional rules of fairness must apply. There is now some evidence that the courts, at least, are not willing to continue to turn their backs on abuses and unfairness within the prison and parole systems.

With minor exceptions, an unchecked and unstructured discretion runs throughout dispositions and sentencing down to and including parole hearing and release, and dispositions within the prison Warden's court. It is important to the credibility and legitimacy of the administration of justice that decisions taken within that system be perceived to be fair and rational. It is no longer sufficient to excuse correctional law from the usual standards of fairness that prevail in other areas involving discretion. For this reason, a Sentencing Guide should contain a part setting forth standards that should prevail in key areas of correctional decision-making.

Clearly, in evaluating the quality of justice in the execution of the sentence, some considerable emphasis should be given to devising techniques that render decision-making more open, more visible and more accessible to the community. Various techniques other than judicial review and legislative guidelines can be suggested for further analysis including the concept of an ombudsman for prisoners, the French and Italian institution of "le juge de l'exécution des peines", a Visitors' Committee along the English model or the provision of legal aid services within the institutions.

Roles and Functions within the Sentencing Process

1. *The Victim*

In the administration of justice, concern for protection of core values or protection of the community as it is sometimes called, means that one of the goals of the system should include satisfaction of the victim's needs. This in turn means that fresh consideration should be given to the role of the victim in sentencing and dispositions. The alleged offence, having injured a protected community interest, finds its origins in the infringement of the victim's rights and expectations. The extent of the injury to the community and the victim will depend, in part, upon the circumstances, including the role of the victim in relation to the offender. Was the assault, for example, the result of a long standing feud over landlord-tenant relations? Did the victim share some responsibility in precipitating the alleged offence? If so, can the victim's interests, society's and the offender's be met through a settlement or an arbitration, or is the injury so serious that a criminal trial is the best way of protecting the community interest?

In any event, the need for the victim's active and informed participation in settlement and arbitration are self-evident. Even at trial, concern for the violation of the victim's interests should manifest itself in several ways including (1) respect for the convenience of the victim in granting requested adjournments, (2) an opportunity for the victim to express a view as to the appropriate sentence, and (3) priority in sentencing and dispositions to restitution and compensation for the loss or injury suffered.

The increased role of the victim may give rise to fears of disparity in sentences. However, such disparities, if they do occur will be within the moderating confines of legislative principles and criteria applied by a court. Similarly, the risk of intimidation of victims cannot be overlooked and must be provided for.

2. *The Offender*

At the same time the role of the offender ought to be viewed differently. Rather than the passive role, he is now encouraged to assume in denying total guilt and seeking acquittal on legal grounds, the offender ought to be encouraged to meet directly with the victim in minor cases where the facts are not in dispute, and to accept his share

of the responsibility for the wrong done by proposing a fair and equitable settlement. In giving the offender some control over the decisions that affect his life, rehabilitation may be truly effected. Even at trial, the sentence should as far as possible encourage the offender's active participation and encourage him in restoring the harm done. To encourage the offender to accept responsibility and to exercise some power over his own destiny not only enhances respect for individual life and well-being but in encouraging a reconciliation of the offender, the victim and the community, greater community protection may result.

3. *The Prosecutor*

To protect the social interest in fair and equitable settlements or dispositions, the crown prosecutor may be expected to play an active role. Already the prosecutor under existing law enjoys a wide discretion in screening charges, withdrawing charges, suspending prosecutions and negotiating pleas. In a system where greater emphasis is placed on pre-trial settlement procedures or on arbitration, with the trial reserved for more serious cases, the functions of the prosecutor take on added importance. First, the prosecution would serve as a back-up to absorb those cases not settled voluntarily by the parties or by the police. Secondly, the prosecutor, presumably, would always be available to receive a complaint or information in those cases where the victim for one reason or another is unwilling to settle the case at the police level and wishes to proceed either to mediation or trial. The prosecutor in such cases would exercise a discretion whether the complaint should be proceeded with, and, if so, in what manner.

If the case proceeds to mediation, the functions of the prosecutor would come to an end, for it is not contemplated that the prosecutor should also serve as the mediator. If the case proceeds to trial, the prosecutor again ought to represent the state's interest. Traditionally, the Crown prosecutor, unlike his American counterpart, was supposed to have a benign disinterest in the outcome and disposition. Indeed, in some provinces, this has been carried so far that it is considered to be improper for the Crown to make a recommendation as to sentence. Another view, however, is that the state, through the prosecutor, has a very real interest to protect through the trial, conviction and sentence. It is not the function of the judge to represent the state's interest or to reflect community desires in particular cases. Rather such interests can best be put forward by the prosecutor.

The judge at sentencing, however, has a prime function to see that justice is done with fairness and humanity. Where imposing a sanction would appear to serve no purpose in protecting societal values or in giving fair satisfaction to the victim's needs, the judge should have

authority to determine that justice and the common good would both be served by passing a sentence that clarifies the conflict but does not involve a sanction. The function of the judge, then, ought not to be to represent the state's interest in sentencing or disposition but, having listened to the victim, the prosecutor and the offender, to determine, with reason and compassion, what sentence is just and equitable within a framework of sentencing policy.

4. *Judges or Sentencing Boards*

At present, the trial judge makes the sentencing decision. In other countries, the jury or a sentencing board may pass sentence. Still other variations provide for lay assessors to sit with the judge and to assist in sentencing. More recent proposals in the United States stemming from a strong concern over inequalities in prison terms suggest, that when a judge decides to impose a sentence of imprisonment, the term should not be within his discretion but should be a mandatory term provided by statute.

Very few people in Canada, at least, seriously suggest that the sentencing power be taken from judges and given to juries. There is some support, however, for the notion of sentencing boards. This support derives from several motives. First, there is a recognition of the complexity of sentencing, particularly where rehabilitation is the primary aim. Accordingly, sentencing boards are looked to by some people as devices whereby the expertise of the social sciences may be brought to bear in support of the criminal law. Secondly, there is a discontent with wide disparities in sentencing: boards are looked to as devices whereby consistent policies and practices may be followed by a handful of men and women, thus bringing a greater uniformity to the administration of the criminal law.

The desire to bring expertise to the sentencing process, as indicated, stems from a belief that, in sentencing, the disposition must fit the offender rather than the offence. It reflects a faith in rehabilitation and treatment and an assumption that the means to treat and cure are at hand if only we have the wit to use them. It has already been said that this paper rejects this approach to sentencing as mistaken and unfounded. Where the basic approach reflects a just but humane sentence, there is no need for the special knowledge of the social scientist to displace the common sense of the judge.

The social sciences should rather be used in testing assumptions in a sentencing policy and providing evaluation of the effects of sentencing practices, thus contributing to improved sentencing options and policy.

As for greater uniformity in sentencing, it seems reasonable to suppose that a board might be able to proceed with less disparity and greater consistency than one thousand or more individual provincial court judges and magistrates spread across half a continent. Logistically, however, one board could not begin to handle the almost one hundred thousand convictions recorded annually, under the Criminal Code. There would have to be many boards, one in each judicial district, for example. Even then, it is not likely that the Boards would be expected to deal with anything other than the more serious cases. As between the boards there would still be need for coordination and consistency.

Where sentencing boards are in operation, in California and in the state of Washington, their function is limited. Neither of the Boards in those states has jurisdiction unless a judge first passes a sentence of imprisonment. Thus one area of disparity remains even with those boards, and that is in the initial decision to impose a custodial as opposed to a non-custodial penalty.

In the state of Washington, once the judge decides that imprisonment is called for, he must impose the maximum sentence set out in the statute; the judge may, however, set the minimum term to be served before release on parole. The Board may then re-examine and re-determine the term of the sentence that must be served. The California Board has similar powers, but in addition, the Board, not the judge, sets the minimum term. In addition, both the Washington and California Boards serve as the state parole authority.

The experience with the California Board has given rise to persistent criticism both by prisoners who resent the uncertainty of the indeterminate sentence and writers who point to the long terms of imprisonment served in California and the inequality and disparities that have resulted from the Board's work. Incidentally, the California Board has not lived up to its expectation of providing social science expertise in the sentencing process. Most Board members, until recently at least, were former policemen or correctional personnel.

From the above, it can be seen that sentencing boards offer no panacea to the problems of expertise or uniformity. Indeed, the elusive goal of justice in sentencing has given rise to legislation where discretion in determining the length of the terms of imprisonment to be imposed is removed altogether. The disparity problem, however, is not cleared up, it is simply removed to the parole release stage. The disparities are not so visible but may be even greater at that level. At yet another level, sentencing boards may promote disparities. The Washington Board, for example, leaves power with the judge to set a minimum term

before the parole board can release. This discretion can give rise to disparities, albeit on a reduced scale.

If discretion is removed altogether as to the length of the prison term, judges may respond by increasing the proportion of cases disposed of by non-custodial sentences. While this may have the desirable consequence of reducing the number of offenders sentenced to imprisonment, it ought not to be achieved at the expense of justice. In addition, where judges or Crown prosecutors wish to avoid a term of mandatory imprisonment, there may be attempts to alter the charge or accept a plea to a lesser offence. It goes without saying that plea bargaining can nullify the purposes of sentencing and reduce dispositions to a level of bargaining devoid of justice or fairness.

Structuring Discretionary Power in Sentencing

Rather than resort to drastic curtailment of discretion in sentencing and dispositions, attempts have been made in other jurisdictions to promote uniformity through structuring and channelling discretion. One important means of doing this is through a legislative statement of basic policy setting forth the philosophy, the purposes, standards and criteria to be used in sentencing and dispositions. These provide a common starting point, common assumptions and common goals. Discretion remains in the sentencing judge to apply the policy to particular cases. In so doing and in weighing the various circumstances and factors, individual values and beliefs of the judges will inevitably influence the final outcome. It is unavoidable. The most that can be hoped for is that such subjective influences do not produce results markedly different from agreed upon objective criteria.

As another device to develop uniformity in application of criteria and in weighing circumstances, sentencing councils have been used. Judges, within a particular area, study and discuss cases coming up for sentence. Each judge retains responsibility for ultimately imposing sentence in his own court, but through the council "the moral solitude of the sentencing decision is lifted from his shoulders" and he is put to the test of defending his sentencing decisions in the face of an honest and rational appraisal by equals. Such an approach is currently being taken in various forms by judges in Ontario and New Brunswick, for example. In different cities and regions in Canada, judges are involved in sentencing seminars or regular sentencing councils. Indeed, various jurisdictions have used sentencing councils to some advantage and the expanded use of sentencing councils has been recommended in recent years by several law reform bodies.

Sentencing Institutes, such as those used in British Columbia, are yet another institution whereby information can be brought to judges respecting the availability or effectiveness of various sentencing options. Unlike the sentencing council which provides for a weekly discussion, institutes may be annual conferences drawing on a larger body of judges and others with interests in sentencing and dispositions with a view to discussing a wide range of issues including objectives of sentencing, current services in corrections and statistical feedback on current practices. Such meetings should help to foster a common understanding and

a common perspective with respect to purposes and dispositions in different types of cases.

Another aid to structuring discretion in sentencing is the requirement for written reasons for sentence. It would be an impossible administrative burden and quite unnecessary to require reasons in every case. At the crucial point of determining that a custodial sentence is required, however, written reasons would help promote uniformity in application of criteria and in weighing various factors. Written reasons are also an aid to greater rationality in sentencing and a guide for judges on appeal. In addition, not only may written reasons have therapeutic values for the offender, but they should be of help to correctional authorities.

It goes without saying that justice demands that sentencing procedures, particularly in serious cases, should require specific findings on all disputed issues of fact relevant to the question for the sentence. This record along with the stated reasons for the sentence and the precise terms of the sentence should not only promote greater uniformity of approach in sentencing but also increase the feeling that justice is being administered openly and impartially.

Essential to sentencing and dispositions is an adequate information base. This is particularly important where the conviction results from a guilty plea. In such cases, the facts may be only partially known and the wider surrounding circumstances may never come before the court. To a certain extent, this is true even in a contested trial. The rules of evidence and the demands of the trial are such, that, frequently, the situation that gave rise to crime is presented to the court within the narrow restrictions of legal issues and relevant evidence. The background of the case may never clearly emerge.

Where the offender is represented by counsel, and if counsel is conscientious, the judge should be able to get considerable assistance from the defence counsel's presentation. Too often, unfortunately, lawyers view their function as all but terminated as soon as the conviction is entered. A Canadian study, for example, showed that Crown counsel spoke to sentence in 72 per cent of the cases while defence counsel spoke in only 24 per cent of the cases. The more recent diversion techniques, especially those that are operational in New York City and elsewhere indicate the important role that defence counsel can serve, not only in bringing information before the court, but also in arranging for community support services to assist in the supervision of a non-custodial sentence or in arranging for pre-trial diversion.

Currently the pre-sentence report is commonly relied on as an information base where the judge is not certain in his own mind as to the proper disposition. Studies on pre-sentence reports raise questions

as to the effectiveness of these reports and point to conflicting views as to their purposes. There is some evidence to suggest that the contents and recommendations of a pre-sentence report are not solely determined by sentencing policy but by what the probation officers think the judge wants. As in police work, interests in professional advancement and the perceived expectations of others influence dispositions. Since a great deal of the professional probation officer's time is spent in preparing pre-sentence reports, consideration should be given to the best use of pre-sentence reports as an information base in sentencing and dispositions.

Community Input in Dispositions

Throughout this paper, emphasis has been placed upon the need to keep open contact between the administration of justice, the victim and the community. In comparison with social controls arising from the community, law is a frail last defence of fundamental values. Thus community support and resources to enhance family life, individual physical and mental health, satisfying economic opportunities, decent housing and sound social relationships are the best investment people can make in protecting core values against attacks by others. Where individuals and agencies within the community do not provide the police and the courts with helpful alternatives to conviction and imprisonment, justice suffers. At the pre-trial level, especially in connection with diversion programs, there is room now for much help from volunteers to assist in providing counselling, friendship, work, guidance, education and jobs for many young offenders. Following conviction, the need for a sustained relationship between the community and the offender remains paramount. To reduce the criminalizing and injurious effects of conviction and imprisonment, there is need for individuals and organizations to provide an array of visiting services, counselling, therapy, work, recreational or other services.

Indeed, at the sentencing stage itself, one way of maintaining contact with the community and its sense of values is to have individual citizens from the community sit with the judge to assist in the disposition and sentence. Countries such as Denmark have used this device for years and while judges may not be enthusiastic about such a procedure, the community, at least, seems to welcome the opportunity to participate.

Whether it is feasible in Canada to have community input at the sentencing stage, as in Denmark and other countries, is difficult to say without further investigation. If there were to be such a contribution, persons should probably be selected from the voters' lists and asked to sit one day a week for four months. Assuming a modest fee were payable for this service, the cost should not be prohibitive.

Citizen participation in sentencing, particularly where citizens have the power to out vote the judge, may raise a problem of increasing disparities in sentences, or bias, or even prejudice in sentencing unpopular offenders. If there are two citizens to assist each judge they may out vote him but it is more likely that lay persons would seek an

accommodation of views with the judge. If the judge is out voted, as long as the sentence is in accordance with the principles and standards set forth in a Sentencing Guide, there can be no real objection. Sentences would, as now, be subject to appeal, so that if a sentence were out of line with other sentences in similar cases it could always be corrected. The risk of prejudice, irrascibility or unreasonable disparities is probably not greater with individual citizens than with judges. Studies of sentencing by juries as compared with judges do not support fears of undue bias or prejudice among lay members. Moreover, abuses in discretion can be guarded against, as suggested, by a statement of purposes, criteria and standards in a Sentencing Guide and through provision for review of sentences on appeal.

The benefits to be gained from citizen participation in sentencing and dispositions would reinforce the socializing effect of the criminal law upon many persons in the community. It should strengthen the forces tending to reduce crime and enhance community interest and participation in the administration of justice. At the same time, the primary values and interests that the community wants to see protected can be made clear in a variety of differing circumstances. Participation of citizens should thus foster the main purposes of sentencing and dispositions: the protection of the community by reinforcing fundamental values relating, for example, to privacy, property or inviolability of the person.

Compensation

Finally, if sentencing and dispositions is to give satisfactory recognition to the role of the victim and the need for restitution, it will be necessary to make renewed efforts to provide offenders with employment and to pay them wages that do not fall below minimum standards. Even so, there may be cases where the offender is not able to make adequate restitution. In such cases and in cases where the offender has not been apprehended or convicted, the state should supplement the payments of the offender or, on its own initiative, provide compensation so that the victim is fairly compensated for his loss. Various types of compensation schemes may be found in different countries but relatively few are soundly tied to a theory of sentencing or corrections.

The justification for a compensation scheme may be said to arise from the social reciprocity which H. L. A. Hart suggests is the basis of society. As Workmen's Compensation is a recognition of the social obligation to make good individual losses arising out of exposure to risk in performing highly useful industrial work, so, too, in a society that places a premium on openness and freedom from pervading police control, the citizen who falls victim to a crime should be compensated as a matter of social reciprocity. Thus, compensation to victims of crime is not purely a matter of private civil law, for a public interest is at stake; it is not only a matter of humanitarian concern and welfare law but a matter of fairness and justice. Indeed, on a practical level, a comprehensive compensation scheme serves to promote over-all security. The victim's as well as the public's apprehension, resulting from a crime, may be allayed in part by prompt compensation. To the victim, particularly, such support is likely to be as great a psychological support as it it financial. Forthcoming papers will examine this aspect of sentencing policy in greater detail.

Summary

Assuming that one of the purposes of the criminal law is the protection of certain core values in society, is it not an important function of sentencing and dispositions to assist in making clear what those values are? The educative effect of the sentencing process cannot be lost sight of. Through the sentence the court may influence the behaviour of others by confirming for them that their law abiding conduct is approved and that it is still worthwhile to resist temptation. In other cases, the sentence of the court may make clear that certain conduct is more blameworthy or less blameworthy than was the case in former days. This may be particularly true in a transitional society where values are undergoing constant reconsideration.

History and the social sciences indicate that almost all human societies, regardless of their political structure, must be prepared to accept the reality of criminal activity. At the same time, an accumulating body of research and writing throws growing doubts upon the deterrent effects of sentencing itself as opposed to the total deterrent effect of apprehension, arrest, trial and public conviction. Moreover, penological studies indicate that the rehabilitative ideal is not the heralded remedy it was once thought to be. Both rehabilitation and deterrence, moreover, raise ethical questions concerning the moral right of society to use one man solely as an example to others or to give treatment to prisoners without their consent, especially where such treatment may be "experimental" or result in lasting bodily or personality changes.

Despite doubts about the rehabilitative or deterrent effects of sentencing, however, common sense demands that the criminal law continue to impose sanctions in order to discourage criminal conduct. On the positive side, sentencing and dispositions can be used to take note of the wrong done to protected values, can re-affirm the values that are at stake in the particular criminal offence and can assist in restoring the social balance after the crime has been investigated.

If emphasis is to be placed on sentencing and dispositions as a learning process, in classifying and re-affirming values, alternative procedures may need to be developed. In many crimes, the offence is not one between two strangers but arises out of family or neighbourhood disputes. Need such criminal offences be dealt with in the adversary context of a criminal court? Is there not room for developing settlement and arbitration procedures for this type of offence?

To recognize crime as a form of conflict has implications not only for the procedure to be used in resolving the conflict, but also for the role of the state and the victim in such procedures. It is suggested that in many crimes the state can afford to forego its paramount role and permit the victim to take an active part in settlement and mediation. Even in cases proceeding to trial, the victim's role and interests should be given greater priority than they are in the usual criminal trial.

Recognition of crime as conflict and the importance of criminal law in clarifying the values at stake in the conflict, places importance on providing for dispositions of cases without conviction or, in some cases, disposing of a case, even on conviction, without imposing the usual sanction. It would be a matter of judgment, exercised according to specified criteria, whether the wrong done in each case deserved the elaborate ritual of a trial and sentence or whether settlement, mediation or a simple conviction would be sufficient. The arrest and trial and the settlement and mediation procedures in themselves are seen to carry an educative and sanctioning effect. In this way, sanctions may be seen to be operating at three levels: (1) pre-trial diversion by settlement or mediation, (2) the trial itself, and (3) the sentence of the court.

To fulfill the educative function of sentencing and dispositions, and to recognize the wrong done to the victim, emphasis may well be placed on restitution supplemented by a comprehensive compensation scheme to take care of criminal injuries. Through restitution, the reconciliation of the offender, victim and society is encouraged. Even in more serious cases that go to trial, restitution and community oriented sanctions should not be lost sight of. Imprisonment, because of its costs and doubtful efficacy, should be used with great restraint while various forms of limited deprivation of liberty, coupled with probation, may be seen as an alternative to traditional imprisonment for some offenders. Indeed, restitution, imprisonment and probation will be the subject of forthcoming papers.

The above view of the nature of crime and the function of the sentencing process means that dispositions and sentences should be governed by what is fair and just. It has already been suggested that the justification for the state's intervention through sentencing and dispositions is that it serves to protect core values. The extent and degree of intervention, however, ought not to be measured solely on the basis of the common good but ought to be limited by common notions of fairness and justice. Thus, the innocent ought not to be subjected to the sentencing and dispositions process; dispositions and sentences ought not to be inhumane or cruel; dispositions and sentences ought to be proportional to the offence; and similar types of situations ought to be dealt with more or less equally.

At some future day, more may be known about treatment, rehabilitation or deterrence and distate a sentencing policy framed in those terms. At present, rehabilitation should not be ruled out entirely but given scope within the confines of a sentence or disposition determined on the grounds of fairness and justice. Similarly, deterrence, to the extent it is operative, and incapacitation may give expression to the need to serve the common good.

In application of the above principles, it is expected that many offences can be dealt with fairly and with justice on the basis of restitution. Undoubtedly, deprivation of liberty will be necessary in some cases, particularly where the offence has been extremely grave, or where the offender has had repeated convictions, or where there is evidence to suggest the likelihood that the offender, if released, would soon commit another crime of violence.

An important aspect of sentencing philosophy as suggested here is the claim the victim has upon society for compensation for criminal injuries. While compensation could be based on charity, or on a notion that society is in breach of its promise of protection to the individual, it may be preferable to see compensation as a claim arising from the reciprocity of social living. In the interests of a free and open society, some minimal level of crime must be tolerated; the alternative is a closed society, heavily fortified and severely repressive. In the interests of pursuing a relatively open society, however, recognition should be given to those who are victims of crimes and whose injuries cannot be totally compensated through restitution.

Another issue in sentencing and dispositions relates to disparity, particularly among prison terms. This is of concern to the extent that the disparity arises out of a failure to follow common principles. The solution does not lie in taking all discretion away from prosecutors, judges or parole personnel but rather in channelling and structuring discretion through a statutory statement of principles, purposes, standards and criteria. Other aids to the uniform exercise of discretion include written reasons for decisions, sentencing councils and decisions openly arrived at with provisions for review and appeal.

Finally, a primary concern for justice in sentencing and dispositions requires that further attention be paid to the whole question of fairness in decision making in matters affecting prisoner's interests. This will be the subject of a separate paper, as will compensation for victims of crime.

This paper has attempted to lay out the basic principles which will guide our approach to specific issues and concrete recommendations. Responses to this working paper, at this time, are important for our further work.

4157

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail nº3

les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence

Mars 1974

©
Information Canada
Ottawa, 1974
Cat. No.: J32-1/3-1974

AVIS

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire avant le 1er juillet 1974, à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

la commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

William F. Ryan, c.r., commissaire à plein temps

Dr. J. W. Mohr, commissaire à plein temps

Me Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Me John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

le personnel de recherche sur les peines et le traitement

Keith B. Jobson, B.A., B.Ed., LL.B., LL.M., J.S.D., directeur

James J. Threlfall, B.A., LL.B.

Robert Murrant, B.A., LL.B., LL.M.

Gerald A. Ferguson, B.A., LL.B., LL.M.

Conseillers

Juge René J. Marin

William R. Outerbridge, B.A., M.S.W., M.Crim.

F. C. R. Chalke, M.D., M.Sc., F.R.C.P.(C).

Bruno Cormier, M.D., D.Psy., Psy.(Q)

Anthony N. Doob, B.A., Ph.D.

R. J. McCaldron, M.D., D.Psy., F.R.C.P.(C).

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos ..... (ix)

Introduction 1

Objectifs et principes 3

Une procédure de rechange: la conciliation 7

Sélection des cas: critères 11

Emprisonnement et autres mesures: critères 13

Procédures de libération 17

La surveillance de l'exécution de la peine 19

Définition des rôles et des fonctions dans le processus de la détermination de la peine 21

1. La victime 21
2. Le délinquant 21
3. Le poursuivant 22
4. La détermination de la sanction: Fonction des tribunaux ou de commissions 23

Moyens de contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la sanction 27

L'apport de la communauté dans la détermination des peines 31

L'indemnisation 33

Résumé 35

Avant-propos

Le présent document est destiné à servir d'introduction générale à l'étude de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence. Il ne s'agit donc pas d'un traité théorique ni même d'une analyse détaillée de toutes les questions relatives à la peine; il s'agit plutôt d'une recherche qui vise à cerner les questions les plus importantes, quitte à en faire une analyse plus poussée dans des textes à venir. Ainsi d'autres documents de travail traiteront de l'emprisonnement, de la dissuasion, de la probation et de l'indemnisation des victimes d'actes criminels. De même, l'opportunité d'instituer des procédures de rechange ne fait ici l'objet que d'une esquisse, et elle sera examinée plus à fond dans des études ultérieures. De plus, d'autres documents émanant de la Commission traiteront de sujets connexes à la peine et à la sentence, tels la classification et la définition des infractions.

Notre objectif consiste, d'une part, à cerner les questions qui nous paraissent les plus fondamentales dans le domaine de la peine et de la sentence et, d'autre part, à proposer une approche ou une orientation générale pour ces questions. Nous voulons également faire valoir que l'insertion dans la loi de principes et de critères régissant la détermination de la peine contribuerait à conférer à celle-ci un caractère plus juste et plus rationnel. Nous aimerions enfin inciter le public à discuter de ces questions. C'est la raison pour laquelle nous avons cru bon de ne pas truffer le texte de renvois détaillés aux écrits théoriques ou aux rapports scientifiques dont nous avons tenu compte dans la préparation du présent texte. Les textes d'appui et la documentation sont disponibles au siège social de la Commission.

La terminologie s'est avérée une source constante de difficultés dans la rédaction du présent document. Par exemple, le sens des mots «punition» et «traitement», varie d'une personne à une autre. De même, les appellations des diverses fonctions de la peine, la «rétribution», la «réadaptation sociale», la «dissuasion» et la «neutralisation» ont plusieurs significations qui peuvent être imprécises même pour ceux qui les emploient. Néanmoins, elles connotent diverses approches idéologiques au problème du «sentencing». A l'heure actuelle, l'évolution des valeurs et le changement des préoccupations concernant les objectifs du droit pénal et la détermination de la peine exigent, non pas qu'on abandonne les appellations traditionnelles, mais qu'on les emploie en sourdine. Ainsi dans le présent texte, au lieu d'employer le mot «peine»

dans le sens de «toute mesure imposée par l'État en vertu du droit pénal, y compris un traitement médical ou autre», nous employons le mot «sanction».

Dans cette acception, le mot *sanction* désigne une mesure pénale qui peut être imposée dans une optique de punition, de protection, de restitution ou de traitement. La notion de sanction est suffisamment large pour qu'on puisse y inclure la libération inconditionnelle ou la libération sous condition. Pourtant ces deux mesures peuvent difficilement être décrites comme une peine ou un traitement. La sanction peut être volontaire, comme dans le cas de la restitution, ou elle peut être imposée sans le consentement du prévenu, comme dans le cas de l'incarcération. Dans la mesure où elle souligne le préjudice causé, la sanction a une valeur en soi.

Le mot *peine* s'entend dans le sens restreint d'une sanction imposée dans le but de refléter à la fois la gravité de l'infraction et l'attention portée au préjudice infligé aux droits de l'individu et aux intérêts de la société. Puisqu'elle reflète le besoin de racheter le mal et qu'elle donne la mesure de la gravité de l'infraction, la peine peut comporter un certain élément de rétribution, réaffirmer la primauté du bien commun et la nécessité de protéger le public.

Dans le présent document, l'expression *dissuasion*, se rapporte tant à la «dissuasion générale», c'est-à-dire aux sanctions imposées dans le but d'intimider les délinquants éventuels et de les «persuader» de respecter la loi, qu'à la «dissuasion particulière», c'est-à-dire aux sanctions destinées à prévenir la récidive du délinquant.

Quant à la *réadaptation sociale*, telle que nous l'entendons ici, elle tient compte davantage du délinquant que du bien commun. Elle se rapporte aux méthodes utilisées pour le bien du délinquant et, en un sens, ces méthodes constituent des adoucissements de la sanction.

L'expression *détermination de la peine*, qui correspond au mot anglais «sentencing», désigne le processus par lequel le tribunal ou des fonctionnaires, à la suite d'une enquête sur l'infraction alléguée, font un rapport motivé définissant les valeurs en jeu et les implications de l'infraction. Il peut s'avérer nécessaire de modifier, de temps en temps, comme dans le cas de la probation, les conditions de la sentence au fur et à mesure que la peine est purgée.

L'expression *prononcé de la sentence*, qui correspond au mot anglais «disposition», désigne la véritable sanction imposée au terme de la détermination de la peine, soit dans le cadre d'une procédure de rechange préalable au procès, soit à la suite d'un verdict de culpabilité rendu lors d'un procès régulier.

Comme l'indique l'agencement de ce document de travail, la détermination de la sentence telle que nous la concevons n'est pas une fonction qui commence à la fin du procès et se termine avec le début de la sanction mais bien une action qui se rattache à toutes les étapes de l'administration de la justice. La détermination du quantum d'une amende ou de la durée d'une détention, voire l'imposition de mesures telles que la probation, ne donnent pas suffisamment prise à une révision ou à une réorientation de ce que plusieurs considèrent comme la pierre angulaire de la justice pénale.

Introduction

Il existe un rapport très étroit entre les objectifs du droit pénal et ceux de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence. Pour être en mesure de proposer une politique cohérente et rationnelle à l'égard de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence, il faut savoir quels sont ou quels devraient être les objectifs du droit pénal. La façon dont la société définit ces objectifs nous en dit long sur la sorte d'individus qui forment cette société et sur leur échelle de valeurs. Il faut accepter, cela va sans dire, qu'une société en évolution rapide comme la nôtre considère le droit pénal d'une façon différente de la société stable qui fut témoin, il y a plus de soixante-dix ans, de la promulgation de l'actuel Code criminel.

A cette époque, on croyait posséder la réponse à toute une gamme de problèmes sociaux, y compris le droit criminel. De nos jours, nous ne sommes plus aussi sûrs de nous-mêmes, car bon nombre des postulats de la moralité victorienne ont cédé sous l'impact d'un changement social et technologique rapide.

Ce changement de plus en plus rapide des valeurs actuelles représente l'un des phénomènes les plus dramatiques de l'histoire de l'humanité. Ceux qui sont aux prises avec les problèmes posés par l'usage des drogues, l'augmentation des larcins, les décès ou les blessures causés par les automobilistes, ou les dangers pour la vie et la santé que comporte la pollution industrielle et urbaine, seront probablement d'accord avec Alvin Toffler pour dire que les valeurs changent maintenant si rapidement que chaque génération risque de perdre toute identité avec celle qui la précède. Notre génération devrait-elle avoir l'audace de se servir du droit pénal pour fixer les valeurs des générations à venir?

Étant donné que le droit pénal ne constitue que l'un des moyens dont dispose la société pour tenter de promouvoir et de protéger certaines valeurs concernant la vie, les mœurs et la propriété, il s'avère important de s'en servir avec modération si on veut éviter une aliénation ou un conflit social inutile. Nous pouvons décider de faire preuve de tolérance envers différents modes de vie et différentes valeurs au lieu de les réprimer sévèrement.

Certaines valeurs fondamentales, ayant trait à la dignité et au bien-être de l'individu ou à l'autorité suprême de l'État, peuvent rallier presque tous les suffrages et se mériter un appui général. Il n'en est pas

de même pour d'autres valeurs concernant le mode de vie et la moralité, y compris l'usage de l'alcool ou de drogues, l'obscénité ou certains comportements sexuels. Il peut, à cet égard, y avoir conflit entre les partisans de la tolérance et ceux du rigorisme.

Lorsque le conflit touche à des domaines mettant en jeu des valeurs changeantes ou incertaines, ou que l'atteinte à la valeur ainsi protégée est minime, il se peut qu'on ne veuille pas recourir aux rigueurs du procès pénal, de la condamnation et de la peine. Le droit pénal ne pourrait-il pas contenir des dispositions relatives tant à la conciliation et à l'arbitrage, qu'au procès de nature accusatoire? Dans de nombreux cas, ne pourrait-on pas faire droit au préjudice causé à la victime tout autant qu'à l'intérêt de la société? Il se peut que souvent l'intervention de l'État la moins dommageable et la plus satisfaisante, du point de vue de la victime, consiste à promouvoir la restitution ou quelque autre mode de règlement; on peut encore penser, si la victime et le délinquant y consentent, à un arbitrage orienté lui aussi vers la restitution et l'indemnisation.

Cette approche se fonde sur la leçon que nous enseigne l'histoire relativement au caractère inévitable de la criminalité et à la futilité de toute tentative visant à enrayer les conflits entre individus. Elle reconnaît aussi qu'il faut protéger, appuyer et préciser des valeurs fondamentales sans présumer que les délinquants sont malades et qu'ils ont besoin de traitements. Elle ne présume pas non plus que la simple vengeance constitue une réaction appropriée à la criminalité. Elle laisse plutôt entendre qu'une bonne façon de satisfaire l'intérêt de la société dans la reconnaissance et la protection de certaines valeurs consiste souvent à s'intéresser à la victime en priorité et à encourager une réconciliation équitable et juste entre le délinquant et la victime.

En structurant pour les prochaines années une politique de droit pénal et une politique de sentencing, peut-on faire mieux que de reconnaître les limites du droit pénal et de la peine? Peut-on faire mieux que d'exiger de toute intervention de l'État dans la vie des particuliers par le biais du droit pénal qu'elle puisse se justifier au nom du bien commun et qu'elle obéisse à des considérations d'équité, de justice et d'humanité?

Objectifs et principes

La dignité et le bien-être de l'individu devraient être des valeurs primordiales dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence. Au Canada, de toute évidence, le droit pénal et l'évolution sociale cherchent à articuler, distribuer et protéger celles-ci ainsi que d'autres valeurs importantes pour la société. Les lois visant à protéger l'intégrité de la personne et le caractère sacré de la vie ne font qu'illustrer l'importance accordée à la dignité et au bien-être de l'individu. Par conséquent, il faut tenir compte non seulement des intérêts et des besoins de la collectivité, mais également de ceux du délinquant et de la victime.

Le maintien, l'orientation et la protection des valeurs de la collectivité justifient l'intervention de l'État dans les avantages ou les droits dont jouit le délinquant. Toutefois, cette intervention n'est pas justifiée lorsqu'il n'en découle aucun bénéfice net pour les intérêts de la communauté, y compris ceux de la victime et de sa famille.

Ainsi, il existe deux raisons qui justifient une première intervention du droit pénal et du sentencing: le bien commun et le sens de la justice, lequel exige le redressement d'un tort. En d'autres termes, l'intervention étatique destinée à priver le délinquant de son bien ou de sa liberté peut tirer sa justification de la théorie selon laquelle le préjudice causé doit être réparé. Toutefois, il semble qu'à titre de justification préliminaire, il faudrait démontrer que l'intervention étatique servirait le bien commun, autrement on pourrait dire que l'individu devrait se voir imposer une sanction, même si celle-ci semble n'avoir aucune utilité.

Peu importe lequel de ces deux fondements on invoque pour justifier l'intervention initiale de l'État, il est important, en décidant d'une sanction, de restreindre cette intervention de façon à ce que (1) l'innocent ne soit pas lésé, (2) les sentences ne soient pas dégradantes, cruelles ou inhumaines, (3) les peines et les sentences soient proportionnelles à l'infraction, (4) des infractions semblables soient traitées à peu près de la même façon et (5) la peine et la sentence prennent en considération la restitution ou l'indemnisation pour le préjudice causé.

Compte tenu des critères qui précèdent, la dissuasion et la réadaptation sociale ont une place dans une politique de sentencing, mais cette place est limitée. Le bien commun permet d'avoir recours à la dissuasion, particulièrement grâce à l'aspect éducatif des sanctions, ainsi qu'à la mise hors d'état de nuire, en vue de souligner le préjudice causé aux

valeurs de la société et de réaffirmer ou de protéger ces valeurs. D'autre part, en mettant l'accent sur le préjudice causé et sur la nécessité de rétablir les victimes dans leurs droits, la justice permet d'individualiser la peine et de mettre l'accent sur la nécessité d'une réconciliation entre le délinquant, la société et la victime. Ainsi dans le cadre d'une peine qui, tout en reflétant la gravité du tort causé par l'infraction, n'en demeure pas moins humaine, la restitution et la réadaptation sociale ont leur place.

La réadaptation sociale, dans le sens d'une amélioration de l'aptitude du délinquant à faire face à la vie, peut s'avérer un facteur important dans la détermination de la peine. Trop souvent, la réadaptation sociale n'est mesurée qu'en fonction de la diminution du taux de récidive; or, cette mesure a révélé à maintes reprises la capacité fort limitée qu'ont le traitement ou la réadaptation sociale de contrôler la criminalité. Et pourtant, l'amélioration des aptitudes du délinquant et l'allégement de ses souffrances constituent des gestes simples et humains qui devraient toujours avoir leur place dans une politique de sentencing. De fait, il se peut même que ces mesures de réadaptation sociale contribuent indirectement à réduire la récidive dans des cas particuliers.

Toutefois, à l'heure actuelle, les chances d'en arriver à ce résultat indirect sont minces. Le premier problème qui se pose concerne les programmes de traitement qui ont fait leurs preuves. Il est très difficile de trouver un programme particulier de traitement qui puisse se réclamer de résultats probants relativement à la diminution de la criminalité. Les résultats sont également décevants, qu'il s'agisse d'un programme visant à modifier les attitudes du délinquant ou sa façon de voir les choses ou à améliorer son niveau d'éducation ou son habileté professionnelle. Le deuxième problème concerne la sélection des délinquants aptes au traitement; la science s'avoue impuissante à prévoir exactement qui a besoin d'être traité. Le même problème se pose quant au cautionnement et la libération conditionnelle, et davantage encore quant au traitement des délinquants considérés comme dangereux ou violents. Dans la mesure ou il est impossible d'identifier exactement les personnes qui ont besoin de traitements ou d'appliquer avec succès les programmes de prévention, ce serait faire preuve de peu de sagesse que de fonder une politique de sentencing sur la réadaptation et le traitement. Néanmoins, comme nous l'avons déjà dit, une sentence fondée sur la justice et l'équité peut dans les limites qui lui sont propres contribuer à la réadaptation sociale.

L'ignorance et l'incertitude à l'égard de la dissuasion posent également de graves problèmes moraux et pratiques au législateur ou au juge qui se fonde sur l'hypothèse erronée que la sévérité du châtiment réduit la criminalité. Les lois pénales, l'arrestation, le procès, le sentencing et l'emprisonnement ont probablement un effet global de dissuasion à

l'égard de certaines catégories de personnes pour certains types de crimes, mais on peut se demander si la peine imposée a, en soi, un effet intimidant. D'une façon générale, une peine longue ne semble pas contribuer davantage à réduire la récidive qu'une peine brève et l'emprisonnement ne semble pas plus efficace que la libération sous surveillance dans la prévention de la récidive.

Lorsque le juge condamne le délinquant à l'emprisonnement «en vue de protéger la collectivité», que veut-il dire exactement? Veut-il dire que l'emprisonnement du prévenu réduit le risque de récidive, ou qu'il neutralise le prévenu, ou encore qu'il a un effet de dissuasion sur les délinquants éventuels? De ces trois possibilités, seule la deuxième mérite d'être retenue encore que l'effet de neutralisation de l'emprisonnement soit de courte durée; ainsi, au Canada, la durée moyenne d'un emprisonnement pour vol avec effraction est de quatorze mois. Comme la loi permet l'abrégement de la peine du tiers, en prime à la bonne conduite, et autorise la libération conditionnelle peu après le début de la sentence, en moyenne, le délinquant sera incarcéré pendant moins de dix mois pour cette infraction.

La première des trois interprétations précitées est définitivement non fondée; on dit même que l'emprisonnement contribue davantage à accroître la récidive qu'à la réduire. Quant à la fonction de dissuasion générale de l'emprisonnement, elle est loin d'être établie. Il est probable que les criminels de profession soient dissuadés par un risque réel d'être mis à l'écart pour un an ou deux. Le fait que le tribunal impose une peine de prison à quelqu'un n'influence sans doute pas fortement ceux qui ont déjà été incarcérés. Quant à la grande majorité des citoyens honnêtes, l'arrestation, le procès, la honte et l'infamie découlant d'un verdict de culpabilité contribuent probablement davantage que l'emprisonnement à les dissuader. Toutefois, la dissuasion tend, ici, à devenir de moins en moins efficace, du fait que le droit pénal, par son extension au domaine des drogues, de l'alcool, du jeu et d'autres infractions, touche un nombre de plus en plus élevé d'«honnêtes» citoyens. Enfin, pour un groupe peu considérable, dont le comportement n'est pas dominé par la passion ou des impulsions inconscientes, et qui vit en marge du crime, l'emprisonnement peut avoir un certain effet de dissuasion, mais on ignore jusqu'à quel point il peut surpasser celui de l'arrestation ou du procès.

On peut également mesurer l'effet probable de dissuasion de la peine par une analyse concrète de certains crimes. En toute logique, plus le risque d'appréhension et de condamnation est faible, moins le rôle de l'intimidation est grand. Selon certaines études, la probabilité de l'appréhension contribue vraisemblablement davantage à dissuader que la sévérité de la peine imposée.

Ceci étant, il est intéressant de noter que parmi les infractions les plus communes, soit les infractions contre les biens, la plupart ne sont pas résolues par la police. En 1970, des accusations de vol de biens d'une valeur supérieure à $50.00 ont été portées dans seulement dix pour cent des cas signalés. Des accusations de vol avec effraction ont été portées dans seize pour cent des cas. De plus, une proportion de six et douze pour cent de ces cas respectivement, a été résolue sans porter d'accusation. S'il existe uniquement une chance sur dix d'être accusé de ces deux infractions, il y a des limites à ce que la peine peut faire en vue d'accroître d'une façon appréciable l'effet de dissuasion. Il va sans dire que si les vols et les effractions non signalés entraient en ligne de compte, le risque d'être accusé serait encore plus faible. De fait, la probabilité d'une arrestation, en ce qui concerne certains des crimes les plus courants au Canada, est si faible qu'il est déraisonnable de s'attendre à ce que la sévérité des peines compensent pour cette faiblesse.

Dans une moindre mesure, la même remarque peut être faite à l'égard des crimes contre la personne les plus fréquents: les voies de fait (qui constituent presque 70% des infractions contre la personne) le vol qualifié et le viol. En 1970, le pourcentage des affaires résolues au moyen d'une accusation est, respectivement, de 34.5%; 26.8% et 47.8%, même si, en tenant compte des autres modes de résolution, il est possible de dire qu'environ sept cas signalés de voies de fait, de lésions corporelles et de viols sur dix et qu'un vol qualifié sur trois ont été résolus au moyen d'une accusation ou autrement.

L'aptitude du droit pénal et, en particulier, du sentencing à dissuader ou à intimider les délinquants est de toute évidence limitée, mais cela ne veut pas dire qu'il ne faut rien faire. On peut fort bien imaginer jusqu'à quel point le crime serait florissant si ce n'était du droit pénal. Toutefois, en nous fondant sur les recherches effectuées par les experts et en examinant les pratiques, il nous est possible de mieux comprendre ce que le droit pénal ne peut pas faire très efficacement et de voir quels devraient être les objectifs primordiaux, dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence. Est-il réaliste de s'attendre à ce que la loi fasse plus que souligner la gravité de l'infraction, et, au moyen d'une variété de peines, affirmer, confirmer et protéger les valeurs fondamentales de la communauté?

Une procédure de rechange: la conciliation

Les crimes relevant du Code criminel dont les tribunaux sont le plus souvent saisis sont, dans l'ordre de fréquence, (1) le vol et le recel, (2) les infractions concernant des véhicules-automobiles, y compris la conduite en état d'ébriété, (3) l'ivresse ou le fait de troubler la paix publique, (4) les voies de fait et (5) le vol avec effraction. Nombreux sont les vols qui mettent en jeu des biens d'une valeur inférieure à $50.00 et, même en ce qui concerne les vols avec effraction, la valeur moyenne des biens volés est en général inférieure à $150.00. Bref, les affaires relevant du Code criminel qui sont portées devant les tribunaux ont en général trait à des atteintes mineures à la propriété ou à des problèmes comme l'ivresse au volant ou dans un endroit public, problèmes qu'il serait peut-être plus facile de régler sans formalités et d'une façon économique s'ils étaient considérés comme des infractions réglementaires. Le procès accusatoire devant les tribunaux criminels et l'infamie découlant du verdict de culpabilité et de la peine ne sont peut-être pas nécessaires pour toutes ces infractions.

Le procès criminel n'est peut-être pas aussi efficace qu'on le pense pour la protection de la propriété, spécialement dans les petites causes, ou même pour la protection de l'intégrité personnelle, du moins en ce qui concerne les causes de voies de fait. Le droit civil délictuel protège tout autant que le droit pénal la personne et la propriété, et le droit de la famille souligne et protège les valeurs fondamentales mises en cause par les conflits conjugaux y compris les voies de faits. Le droit de la famille, le droit des relations ouvrières et le droit de la délinquance juvénile assurent la protection des valeurs en cause, non pas nécessairement par le biais d'un procès contradictoire mais plutôt par le biais du règlement et de la conciliation. Ces méthodes semblent s'avérer efficaces en vue de souligner et de préciser les intérêts et les valeurs de la collectivité. De plus, à la différence du procès contradictoire, la conciliation favorise la pleine considération des intérêts de la victime et les exigences de la restitution et de l'indemnisation, sans oublier toutefois la question de la responsabilité qui peut être réglée d'une façon juste, humaine et économique. On pourrait fort bien avoir recours au règlement et à la conciliation pour un groupe d'infractions mineures, dont plusieurs sont des atteintes à la propriété. Celles-ci ne justifient pas les rigueurs du droit pénal, soit l'arrestation, le procès, la condamnation, la sentence et l'incarcération.

Il faut adopter, par souci de justice, des méthodes logiques et rationnelles en vue de soumettre les affaires criminelles peu importantes à un règlement plutôt qu'à un procès judiciaire: des comportements semblables devraient être traités sensiblement de la même façon. Et pourtant, s'il faut en croire l'une des critiques les plus troublantes dont font l'objet les peines et les sentences, celles-ci tendent à frapper plus lourdement les jeunes, les pauvres et les démunis. Il est établi que les jeunes, en chômage ou détenant un emploi peu rémunérateur, constituent la majeure partie des personnes qui comparaissent en correctionnelle sous des accusations de vol, de voies de fait ou d'inconduite. Au-delà des facteurs purement économiques, il est aisé de convenir que le mode de vie des jeunes et des pauvres est de nature à attirer plus facilement l'attention de la police que celui des commerçants ou des gens de profession. Le pouvoir discrétionnaire existant dans la mise en application de la loi tend à soustraire les commerçants et les professionnels aux tribunaux criminels. Les fraudes ou les vols commerciaux peuvent souvent faire l'objet d'un règlement privé ou d'une restitution. D'autre part, les personnes démunies d'argent ou d'influence, qui sont arrêtées pour avoir commis un larcin ou un vol à l'étalage, ne se voient pas offrir l'occasion de réparer le préjudice qu'elles ont causé, et nombreuses sont celles qui sont immédiatement citées devant les tribunaux. Il arrive souvent que ces citoyens ordinaires n'aient pas le prestige suffisant ni les possibilités qui leur permettent de négocier ou de faire appel aux ressources psychiatriques, éducatives ou économiques, de façon à effectuer un règlement et à s'éviter ainsi un procès. L'une des fonctions importante du sentencing pourrait être de remédier à cette inégalité qui est de nature à saper la légitimité de la loi.

D'où l'importance des procédures visant à régler à l'amiable les petites causes impliquant la restitution, le travail, l'éducation ou, le cas échéant, un traitement. Lorsque le prévenu est sans emploi et ne dispose d'aucune ressource économique, on devrait lui permettre de travailler dans l'industrie privée ou dans la fonction publique et lui payer au moins le salaire minimum, à même les deniers publics, si nécessaire. Il existe déjà des programmes d'éducation, souvent défrayés par l'État, ainsi que des services psychiatriques ou médicaux. Les services nécessaires en vue d'assurer le bon fonctionnement des mécanismes de conciliation existent déjà dans de nombreux domaines. Il ne s'agit donc pas d'établir de nouveaux services mais de mettre les services existants à la disposition de tous les délinquants, quelle que soit leur situation sociale ou économique.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la police, la poursuite et les tribunaux appliquent déjà de façon empirique des procédures de conciliation. Le policier incitera le voleur à restituer les biens et la victime

consentira à abandonner sa plainte. Le procureur de la Couronne consentira à suspendre les poursuites pourvu que l'accusé accepte de subir un traitement psychiatrique. Le juge ajournera une cause *sine die* à la condition que le prévenu ait un bon comportement et termine son année d'études. De fait, dans les affaires mettant en cause des jeunes ou des disputes familiales et, dans une moindre mesure dans les affaires de vol à l'étalage, la police de certaines villes a adopté une politique visant à la conciliation. En certains endroits, des unités spéciales de la police disposent d'un personnel qualifié et formé spécialement en vue de s'occuper de ce genre d'affaires. Aux États-Unis, des expériences menées par des organismes, dont le Vera Institute for Justice, ont démontré la valeur des programmes judiciaires d'emploi et d'autres types de programmes de conciliation qui se situent tant avant qu'après le verdict de culpabilité. Dans certaines villes canadiennes, des juges et des procureurs de la Couronne ont appliqué à titre officieux des programmes de réorientation. Plus récemment, dans diverses provinces, des projets s'appliquant aux groupes indigènes ont établi, à titre d'essai, des programmes de réorientation comportant des services intensifs de surveillance. L'expérience tend à démontrer non seulement que la conciliation est possible mais, également, qu'elle contribue à réduire les frais de l'administration de la justice et permet l'exécution d'une sentence adéquate sans pour autant encourager l'impunité.

Au lieu de faire l'objet d'un procès contradictoire devant les tribunaux, certaines affaires pourraient plutôt être soumises au règlement ou à la conciliation devant un juge de paix ou un fonctionnaire. Une ordonnance judiciaire énonçant les conditions du règlement et obligeant le délinquant à comparaître devant le tribunal en cas de défaut serait ensuite rendue. Le juge pourrait toujours modifier, à sa discrétion, les conditions du règlement ou renvoyer l'affaire aux fins d'un procès régulier. D'autres solutions sont également mentionnées dans les documents de travail de la section de recherche sur la procédure pénale et dans d'autres documents de la Commission. En outre, un chapitre ultérieur du présent document exposera plus en détails les fonctions respectives du juge et du poursuivant.

Le règlement n'impliquerait aucun verdict de culpabilité ni aucune sentence, mais il aurait un effet de dissuasion, en ce sens qu'il constituerait une leçon pour le délinquant. En effet, celui-ci devrait répondre à l'accusation, faire face à la victime, assumer une responsabilité complète ou partielle pour le préjudice causé et relever le défi d'apporter une solution concrète au problème de la réparation. Le processus de conciliation mettrait l'accent sur les valeurs auxquelles croit la société et favoriserait ainsi, par son côté éducatif, la protection de ces valeurs fondamentales.

Une telle expérience peut avoir pour le délinquant une autre valeur positive. Le fait de considérer la victime comme une personne dont les droits ont été brimés ouvre la porte à l'expiation. Cet effet accessoire du processus de conciliation peut être particulièrement utile à certains délinquants. Malheureusement le procès accusatoire, où les positions se polarisent et dont l'effet psychologique est que le délinquant peut être amené à croire qu'il n'a rien à se reprocher s'il gagne son procès, n'est pas de nature à l'inciter à accepter sa responsabilité ou à reconnaître les droits des autres.

Il se peut également que le procès pénal soit frustrant et démoralisant pour la victime, contrairement au processus de conciliation qui replace la victime au centre du débat. Quel rôle la victime a-t-elle joué dans la perpétration de l'infraction imputée? Qu'exige-t-elle à titre de dédommagement? N'oublions pas, qu'à l'époque où le roi ne s'était pas encore approprié les amendes à des fins fiscales, les compromis et les règlements étaient choses courantes. Maintenant que Sa Majesté ne cherche plus à équilibrer son budget au moyen des amendes, il faudrait de nouveau songer à utiliser la conciliation et l'arbitrage comme solutions de rechange.

Sélection des cas: critères

Un programme de conciliation comme celui qui est proposé dans ce document, exige un service de sélection des cas chargé de passer au tamis les affaires qui se présentent. Le fonctionnement de ce service de sélection reste à préciser. Toutefois, on peut présumer qu'un magistrat ou quelque autre personne ayant une expérience et une formation adéquates devra décider, d'après certaines normes et certains critères, si une cause doit faire l'objet d'un procès ordinaire ou d'une conciliation. La conciliation se prêterait mal, à notre avis, aux causes graves pour lesquelles, il faut conserver le procès accusatoire et mettre l'accent sur une peine juste et équitable. Par contre, il est clair que la conciliation devrait s'appliquer à certaines causes. Entre ces extrêmes, la conciliation pourrait intervenir, selon les circonstances, dans un grand nombre de cas. Par exemple, les larcins ou le recel de biens volés d'une valeur inférieur à $200.00, les voies de fait simples, la bestialité, l'exhibitionnisme, les disputes familiales, les méfaits, l'emploi d'un véhicule sans permission, les effractions de moindre gravité ou les causes impliquant certains genres de maladies mentales devraient probablement être soumis au mécanisme de conciliation, à moins que des motifs sérieux ne militent en faveur d'un procès. Les facteurs suivants pourraient également contribuer à déterminer si la conciliation est souhaitable: s'agit-il d'une première infraction? S'agit-il d'un jeune délinquant ou d'un jeune adulte? Existe-t-il des organismes ou services communautaires qui puissent faciliter un règlement satisfaisant? Il va sans dire que les circonstances devraient montrer que le prévenu est bien l'auteur de l'infraction. Une cause dont les faits ne sont pas suffisamment certains devrait être envoyée à procès; cependant le juge aurait la faculté de la renvoyer à la conciliation. Bien sûr le consentement de la victime et celui du délinquant sont des conditions nécessaires à la conciliation, au règlement ou à la médiation. Un document de travail portant sur la procédure de conciliation devrait déterminer qui sera responsable de la sélection des cas, et sur quels critères la décision devrait se fonder.

Dans un souci de justice, la décision relative à la conciliation devrait être prise lors d'une audience publique. Il faudrait également une forme quelconque d'enregistrement de la décision et des motifs qui l'ont fondée sinon, le préposé à la sélection des cas pourrait être accusé de partialité, accusation qu'il lui serait peut-être difficile de réfuter.

Emprisonnement et autres mesures: critères

La conciliation peut constituer une solution de rechange dans certains cas, mais les causes plus graves devront néanmoins faire l'objet d'un procès assorti d'une possibilité d'emprisonnement. Toutefois, le recours à l'emprisonnement exige beaucoup de modération, étant donné, d'une part, son efficacité discutable pour réduire la récidive et, d'autre part, les énormes désavantages qu'il comporte sur les plans économique et social, sans compter les coûts directs ou indirects qu'il entraîne. Cela ne veut pas dire que la privation complète de liberté n'a jamais un effet de dissuasion. Après tout, selon certaines estimations, entre 35 à 60 pour cent de ceux qui sont mis en prison pour la première fois n'y retournent jamais. Toutefois, il se peut bien que s'ils avaient été soumis à la probation ou si une amende leur avait été infligée, ils n'y seraient jamais retournés non plus. Personne ne connaît exactement l'efficacité des sanctions. Toutefois, comme il y a lieu de penser que les sanctions se valent quant à leur efficacité, la sagesse serait de faire preuve de modération. La publication d'un «Manuel de sentencing», énonçant les priorités et les critères qui s'imposent dans la décision, serait de nature à aider les tribunaux à déterminer si l'emprisonnement est justifié ou non. A notre avis, la préférence devrait, en règle générale, porter sur une peine autre que l'emprisonnement, à moins que les critères suivants ne fournissent une indication contraire:

(1) la gravité de l'infraction;

(2) le nombre et le caractère plus ou moins récent des condamnations antérieures; et

(3) le risque que le délinquant commette un autre crime grave à moins qu'il ne soit emprisonné.

A notre avis, l'application des critères précités devrait s'inspirer d'un «Manuel de sentencing» énumérant, à la manière du *New Draft Code* américain, les facteurs susceptibles d'écarter l'imposition d'une peine d'emprisonnement:

(*a*) le comportement criminel du prévenu n'a causé ou n'a menacé de causer aucun préjudice sérieux à autrui ou aux biens d'autrui;

(*b*) le prévenu ne voulait pas ou ne prévoyait pas que son comportement criminel causerait ou risquerait de causer un préjudice sérieux à autrui ou aux biens d'autrui;

(*c*) le prévenu a agi sous le coup d'une forte provocation;

(*d*) des motifs sérieux, bien qu'insuffisants pour fonder un moyen juridique de défense, tendent à excuser ou à justifier le comportement du prévenu;

(*e*) la victime a provoqué ou facilité la perpétration de l'infraction;

(*f*) le prévenu a fait ou fera restitution ou réparation à la victime;

(*g*) le prévenu n'a pas d'antécédents judiciaires ou criminels, ou bien il a vécu honnêtement pendant une bonne période de temps avant la perpétration de l'infraction en cause;

(*h*) le comportement du prévenu fut le résultat de circonstances qui ne sont pas susceptibles de se reproduire;

(*i*) la personnalité, les antécédents et l'attitude du prévenu indiquent qu'il n'est pas susceptible de commettre un autre crime;

(*j*) le prévenu est particulièrement apte à réagir d'une façon positive à la probation;

(*k*) l'emprisonnement comporterait pour le prévenu ou sa famille une sévérité indue; et

(*l*) le prévenu est âgé ou malade.

Il se peut qu'il soit également nécessaire de prévoir, dans un «Manuel de sentencing», une plus longue période d'emprisonnement pour certaines catégories de criminels, tels les récidivistes et les délinquants sexuels. Nous examinerons dans un autre document la question de savoir si le soi-disant délinquant dangereux devrait également être incarcéré pour une durée plus longue ou s'il devrait plutôt faire l'objet d'un internement civil à l'expiration de sa peine d'emprisonnement. Le manuel de «sentencing» devrait énoncer clairement les normes et critères destinés à aider le tribunal en pareils cas.

Le tribunal qui impose une peine privative de liberté ne devrait pas pour autant faire abstraction de toute possibilité de traitement. La Commission devra se prononcer sur la question de savoir si les sentences d'emprisonnement devraient, en certains cas, soit pour des raisons humanitaires, soit aux fins de la réadaptation sociale, être purgées dans des institutions cliniques. Dans un tel cas, la sentence privative de liberté pourrait s'accompagner d'une ordonnance d'hospitalisation autorisant le traitement sur une base volontaire.

De plus, ni la rétribution ni la sécurité publique n'exigent que toutes les peines d'emprisonnement comportent une privation absolue

de liberté. Il y a lieu de prévoir la détention en fin de semaine seulement, ou la détention dans des maisons communautaires ou des camps de travail, avec un contrôle plus ou moins strict des conditions de résidence.

Procédures de libération

L'imposition d'une peine de prison pose le problème de la procédure de libération. Le prévenu devrait-il être détenu tant que sa peine n'est pas entièrement expirée, ou la durée de celle-ci devrait-elle être abrégée en certains cas? A l'heure actuelle, les peines d'emprisonnement sont presque toujours abrégées, soit par le truchement de la remise de peine pour bonne conduite, soit par la libération conditionnelle. Diverses lois prévoient la réduction de la peine du tiers si le détenu fait preuve de bonne conduite. De plus, il peut bénéficier encore plus tôt de la libération conditionnelle. Ces procédures de libération sont-elles justifiées? La loi devrait-elle au contraire être claire et nette de sorte qu'une peine de deux ans n'autorise l'élargissement du détenu qu'à l'expiration de ce délai, ni avant ni après? La remise de peine pour bonne conduite est-elle essentielle au maintien de la discipline à l'intérieur des prisons? La libération conditionnelle trouve-t-elle encore sa justification dans la réduction du taux de récidive? S'il est impossible à cet égard de faire la preuve de son efficacité, et certains éléments de preuve tendent plutôt à établir le contraire, devrait-elle faire encore partie intégrante des peines privatives de liberté? Pour des raisons humanitaires et économiques, ne faudrait-il pas favoriser la mise en liberté au moyen de libération sous surveillance, lorsqu'il n'en découlerait aucun risque réel pour la communauté?

L'équité est l'un des problèmes liés aux procédures d'élargissement comportant remise de peine et libération conditionnelle. Celles-ci, tout comme la probation, accroissent considérablement le contrôle administratif auquel le détenu est soumis. Cet accroissement du contrôle administratif se justifie-t-il par rapport aux objectifs recherchés? Dans l'affirmative, le contrôle s'exerce-t-il d'une façon juste et selon des critères que le délinquant connaît et comprend? Si la remise de peine et la libération conditionnelle compromettent les objectifs visés et accroissent la dépendance et la frustration des détenus, pour quelles raisons devrait-elles demeurer? Ces questions et d'autres, ayant trait au besoin de normes d'équité dans les procédures de libération, feront l'objet d'un autre document.

La surveillance de l'exécution de la peine

Lorsque le juge condamne le délinquant à l'emprisonnement, celui-ci est confié au système correctionnel chargé de surveiller l'exécution de la peine. Ce dernier peut classer le délinquant selon divers critères et le faire passer d'un établissement à l'autre. Des programmes de travail, d'éducation ou de traitement peuvent être mis à la disposition de l'accusé ou lui être refusés pour diverses raisons. Au cours de sa détention, celui-ci est soumis aux règles régissant l'établissement carcéral, et il peut être puni s'il les enfreint. La punition ne consiste plus en un châtiment corporel, mais en diverses mesures tels l'isolement cellulaire, la perte du temps de remise et des privilèges relatifs au travail ou aux loisirs, le refus ou la révocation de la libération conditionnelle. De plus, il se peut que le prévenu soit victime de la brutalité des gardiens ou des autres détenus ou soit soumis à certaines humiliations.

Jusqu'à très récemment, les tribunaux et le Parlement ont considéré que le sort réservé au détenu dans un établissement correctionnel était entièrement une question de discrétion administrative échappant aux règles traditionnelles de la justice. Certains faits tendent cependant à démontrer que les tribunaux, tout au moins, ne veulent plus se fermer les yeux sur les abus et les injustices qui peuvent se produire dans les prisons et les systèmes de libération conditionnelle.

A quelques exceptions près, tout le système de sentencing obéit à un pouvoir discrétionnaire non contrôlé et non structuré; ce pouvoir s'étend à l'audition relative à la libération conditionnelle et à l'élargissement, ainsi qu'aux peines imposées par la direction de la prison. Il est important, pour assurer la crédibilité et la légitimité de l'administration de la justice, que les décisions prises à l'intérieur de ce système soient tenues pour justes et rationnelles. Il ne convient plus d'excepter le droit pénitentiaire des normes habituelles de la justice qui régissent les domaines où il existe un pouvoir discrétionnaire. C'est pourquoi tout manuel de sentencing devrait comporter une partie énonçant les normes applicables dans les secteurs-clés du processus décisionnel du système correctionnel.

Sans l'ombre d'un doute, si l'on veut apporter une meilleure justice à l'exécution de la peine, il importe au plus haut point d'élaborer des techniques de nature à rendre le mécanisme de décision plus ouvert, plus visible et plus accessible à la communauté. En plus du contrôle

judiciaire et des directives législatives, divers moyens peuvent être étudiés: un ombudsman des détenus, le juge à l'application des peines comme cela existe en France et en Italie, un «Visitors' Committee», selon le modèle anglais, ou la création de services d'aide juridique au sein des institutions.

Définition des rôles et des fonctions dans le processus de la détermination de la peine

1. *La victime*

L'intérêt porté par l'administration de la justice à la protection de valeurs fondamentales ou à celle de la société elle-même exige du système qu'il réponde entre autres aux besoins de la victime. Il importe donc de reconsidérer le rôle de celle-ci dans la détermination de la peine. L'infraction imputée, du fait qu'elle lèse un intérêt de la collectivité, a son origine dans la violation des droits de la victime. L'importance du préjudice causé à la communauté et à la victime peut varier selon les circonstances et selon le rôle de la victime vis-à-vis du délinquant. Par exemple, les voies de fait étaient-elles le résultat d'une vendetta opposant depuis longtemps un propriétaire à son locataire? La victime a-t-elle contribué à précipiter la commission de l'infraction imputée? Dans l'affirmative, est-il possible de procéder par voie de conciliation ou d'arbitrage tout en respectant les intérêts de la victime, de la société et du délinquant, ou le préjudice causé est-il si grave qu'un procès pénal constitue la meilleure façon de protéger les intérêts de la communauté?

De toute façon, il est évident que la victime doit participer activement et en pleine connaissance de cause à la conciliation et à l'arbitrage. Même au procès, l'intérêt porté à la violation des droits de la victime devrait se manifester de plusieurs façons; ainsi, on devrait entre autres (1) tenir compte de ce qui convient à la victime, en accordant des ajournements, (2) permettre à la victime d'exprimer son opinion sur la sentence qu'elle considère appropriée et (3) accorder priorité, dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence, à la restitution et à l'indemnisation pour la perte ou le dommage subi.

Si la victime jouait un rôle plus important, on pourrait craindre qu'il y ait disparité dans les peines. Toutefois, si elles se produisent, ces disparités seront contenues dans les limites des principes et critères législatifs appliqués par le tribunal. De même, le risque d'intimidation des victimes ne devrait pas être ignoré et devrait faire l'objet d'une disposition particulière.

2. *Le délinquant*

En même temps, il faudrait considérer le rôle du délinquant d'une façon différente. Plutôt que de le confiner dans son rôle passif consis-

tant à nier sa culpabilité et à rechercher son acquittement pour des motifs d'ordre juridique, il faudrait encourager le délinquant à traiter directement avec la victime dans les affaires peu importantes où les faits ne sont pas contestés, et à accepter sa part de responsabilité pour le préjudice causé en suggérant un règlement juste et équitable. Si on permet au délinquant de participer aux décisions susceptibles d'influencer sa vie, on peut réellement assurer sa réadaptation sociale. Même au procès, la peine imposée devrait autant que possible favoriser la participation active du délinquant et l'inciter à réparer le mal qu'il a infligé. Si on encourage le délinquant à accepter sa responsabilité et à contrôler dans une certaine mesure sa destinée, on met en valeur le respect pour la vie de l'individu et son bien-être; de même, si on favorise la réconciliation entre le délinquant, la victime et la communauté, on est mieux en mesure de protéger cette dernière.

3. *Le poursuivant*

Le procureur de la Couronne doit jouer un rôle actif pour la protection des intérêts de la société à un règlement ou une peine juste et équitable. Il a déjà un pouvoir discrétionnaire étendu sur le choix ou le retrait des accusations, de même que sur la suspension des poursuites et la négociation des plaidoyers. Dans un système qui met un accent nouveau sur les procédures préalables au procès ou sur l'arbitrage et réserve le procès aux cas les plus graves, le poursuivant se voit conférer une responsabilité plus grande. Premièrement, la poursuite aura à s'occuper des cas qui n'auront pas été réglés à l'amiable par les parties ou la police. Deuxièmement, on peut s'attendre à ce que le poursuivant soit toujours disponible pour recevoir une plainte ou une dénonciation lorsque, pour une raison ou une autre, la victime ne consent pas à régler l'affaire avec la police et désire procéder soit à la médiation soit au procès. Dans un tel cas, le procureur aurait le pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de donner suite à la plainte et, dans l'affirmative, de quelle façon.

Si la cause prend le chemin de la médiation, le procureur voit son rôle prendre fin car, à notre avis, il ne conviendrait pas qu'il agisse comme médiateur. Par ailleurs, si la cause se rend à procès, le procureur reprend son rôle de représentant des intérêts de l'État. Selon la tradition, le procureur de la Couronne, contrairement à son collègue américain, est censé faire preuve d'un certain détachement quant au résultat de la cause et quant à la sentence. De fait, dans certaines provinces, on va même jusqu'à considérer inconvenant que la Couronne fasse une recommandation au sujet de la sentence. Toutefois, une autre théorie veut que l'État ait un intérêt véritable à protéger, par l'intermédiaire du procureur, dans le procès, la condamnation et la

sentence. En effet, le juge n'a pas pour fonction de représenter les intérêts de l'État ou d'être le reflet des désirs de la communauté dans des cas particuliers: ce rôle incombe plutôt au procureur.

Toutefois dans la détermination de la peine, la fonction primordiale du juge consiste à voir à ce que justice soit rendue d'une façon équitable et humaine. Si l'imposition d'une sanction n'est pas de nature à protéger les valeurs de la société ou à donner juste satisfaction aux besoins de la victime, le juge devrait avoir le pouvoir de décider, aux fins de l'intérêt de la justice et du bien commun, de rendre une sentence disposant du conflit mais ne comportant aucune sanction. En règle générale, lors de l'imposition de la peine, il ne revient pas au juge de représenter les intérêts de l'État. Son rôle consiste plutôt à déterminer, d'une façon rationnelle et humaine, après avoir entendu la victime, le poursuivant et le délinquant, la peine la plus juste et équitable, compte tenu d'une politique générale de sentencing.

4. *La détermination de la sanction: fonction des tribunaux ou de commissions.*

A l'heure actuelle, c'est le juge qui fixe la peine. Dans certains pays, le jury ou une commission de sentencing peut prononcer la sentence. Dans d'autres systèmes encore, des assesseurs non-juristes siègent avec le juge et participent à la détermination de la peine. Une recommandation américaine récente, découlant de la forte inquiétude suscitée par la disparité des peines de prison, voudrait enlever au juge le pouvoir discrétionnaire de fixer la durée de l'emprisonnement. D'après cette recommandation, la loi devrait fixer la durée obligatoire de la peine.

Peu nombreux sont ceux, au Canada du moins, qui proposent sérieusement que le pouvoir de déterminer la peine soit retiré au juge pour être conféré au jury. Toutefois, certains sont en faveur de l'idée de commissions de sentencing et ce, pour plusieurs motifs. Premièrement, on reconnaît la complexité du sentencing, particulièrement lorsque la réadaptation sociale en est le principal objectif. Certains voient donc dans l'institution de commissions de sentencing la possibilité de donner un rôle aux sciences sociales dans le droit pénal. Deuxièmement, il y a l'insatisfaction provenant de la disparité des sentences: à cet égard les commissions permettraient à un groupe restreint de personnes d'élaborer des politiques et des pratiques constantes, assurant ainsi une plus grande uniformité dans l'administration du droit pénal.

Comme nous l'avons déjà indiqué, le désir de faire intervenir des experts dans le processus de la détermination de la sentence s'inspire d'une conviction voulant que la sentence s'adapte au délinquant plutôt qu'à l'infraction et d'une confiance dans la réadaptation sociale et le

traitement, et présume que les moyens de traiter et de guérir sont disponibles pour autant qu'on ait l'intelligence de s'en servir. Ce présent document repousse cette conception de la sentence parce qu'elle est fausse et mal fondée. Dans une philosophie pénale orientée vers le caractère juste et humain de la sentence, il n'y a pas lieu de substituer les connaissances des spécialistes des sciences sociales au bon sens d'un juge.

Les sciences sociales devraient plutôt être employées à la vérification des hypothèses de base d'une politique de détermination de la peine, et à l'évaluation des résultats des pratiques sentencielles. Elles contribueraient de cette façon à l'amélioration des options et des politiques en matière de sentencing.

En ce qui concerne la question de l'uniformité, il est raisonnable de penser qu'une commission de sentencing pourrait davantage qu'un millier de juges dispersés à travers la moitié d'un continent, réduire la disparité des sentences et instaurer une plus grande uniformité. Toutefois, d'un point de vue pratique, il est évident qu'une seule commission ne pourrait pas se mettre à examiner la centaine de milliers de condamnations rendues chaque année en vertu du Code criminel. Il devrait y avoir plusieurs commissions, une dans chaque district judiciaire par exemple, et même alors celles-ci ne pourraient probablement examiner que les cas les plus importants. Par ailleurs, il faudrait assurer une certaine coordination et une certaine uniformité entre les diverses commissions.

Les commissions de sentencing actuellement en existence en Californie et dans l'État de Washington ont un rôle limité. Ces commissions n'ont de compétence qu'à partir du moment où un juge impose une peine de prison. Ainsi, malgré l'existence de ces commissions, la décision initiale d'imposer une peine de prison plutôt qu'un autre genre de peine peut encore entraîner des disparités.

Dans l'État de Washington, le juge qui prononce une peine d'emprisonnement, doit imposer la peine maximale fixée par la loi; toutefois, il peut préciser la durée minimale de la peine qui devra être purgée avant la libération conditionnelle. La Commission peut alors réviser la partie ferme de la sentence. La Commission californienne a des pouvoirs analogues, mais c'est elle et non le juge qui fixe la durée minimale de la peine. En outre, dans les deux États, les Commissions sont responsables des libérations conditionnelles.

La Commission californienne a fait l'objet de critiques continuelles tant de la part des détenus qui s'insurgent contre le caractère incertain des sentences indéterminées, que de la part des spécialistes qui signalent la longue durée des peines de prison purgées en Californie ainsi que l'inégalité et la disparité découlant des décisions de la Commission. Soit

dit en passant, la Commission californienne n'a pas eu recours aux experts en sciences sociales, contrairement à ce que l'on aurait pensé. Jusqu'à récemment du moins, la plupart des membres de la Commission étaient d'anciens policiers ou d'anciens praticiens du système correctionnel.

On peut constater, à partir de ce qui précède, que les commissions de sentencing ne sont pas une panacée aux problèmes que posent la disparité des sentences et le recours aux spécialistes. De fait, certaines lois abrogent le pouvoir discrétionnaire sur la durée de l'emprisonnement et ce, dans la recherche d'une meilleure justice. Mais cela ne règle pas le problème de la disparité des sentences; celui-ci est tout simplement reporté au stade de la libération conditionnelle. A ce niveau, les disparités, quoique moins visibles, peuvent être encore plus grandes. Mais à un autre niveau, les commissions de sentencing peuvent donner lieu à d'autres disparités: par exemple, la Commission de l'État de Washington laisse au juge le pouvoir de fixer une période obligatoire d'emprisonnement avant que la commission puisse accorder une libération. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut engendrer des disparités, encore que celles-ci se manifestent à une échelle réduite.

Si les juges n'ont plus aucun pouvoir discrétionnaire sur la durée de la peine de prison, leur réaction peut consister à imposer des peines autres que l'emprisonnement dans une plus grande proportion des cas. Même si cela peut avoir pour effet de réduire le nombre des peines d'emprisonnement, il ne faudrait pas que cela se fasse au détriment de la justice. De plus, lorsque les juges ou les procureurs de la Couronne désirent éviter un terme obligatoire d'emprisonnement, il se peut qu'ils tentent de modifier l'accusation ou d'accepter un plaidoyer de culpabilité à une infraction moindre. Il va sans dire que la négociation de plaidoyer peut compromettre les objectifs du sentencing et ravaler le prononcé de la sentence à un marchandage dépourvu de justice et d'équité.

Moyens de contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la sanction

En certains endroits, on a tenté, plutôt que de sabrer dans la discrétion touchant la détermination de la peine et le prononcé de la sentence, d'en arriver à l'uniformité par le truchement d'une systématisation et d'une canalisation du pouvoir discrétionnaire. L'insertion dans la loi d'un énoncé donnant une politique et formulant la philosophie de base, définissant les buts, les normes et les critères de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence, constitue une façon d'atteindre cet objectif puisque nous aurions ainsi un point de départ, des hypothèses et des objectifs communs, sans pour autant enlever au juge le pouvoir d'en faire l'application à des cas particuliers. Chaque cas particulier reflète inévitablement les valeurs et les convictions personnelles du juge, en fonction des facteurs et des circonstances du cas d'espèce. Cela est inévitable. Tout ce que l'on peut souhaiter, c'est que cette subjectivité ne donne pas lieu à des décisions qui s'écartent trop des critères de base.

On a également eu recours aux conseils de sentencing en vue d'assurer l'uniformité dans l'application des critères et dans l'appréciation des circonstances. Des juges, dans un domaine particulier, étudient et discutent les cas où une sentence doit être prononcée. Chaque juge assume encore, en dernier ressort, la responsabilité d'imposer la peine dans l'instance, mais le conseil fait en sorte que «le fardeau de la solitude morale de la décision ne repose plus sur lui» du fait que ses décisions sont soumises à l'appréciation honnête et rationnelle de ses pairs. Ce système existe déjà sous diverses formes en Ontario et au Nouveau-Brunswick, par exemple. Dans différentes villes et régions du Canada, des juges participent à des séminaires ou à des conseils de sentencing. De fait, en différents endroits, les conseils de sentencing se sont avérés efficaces et, ces dernières années, plusieurs organismes de réforme du droit en ont recommendé une utilisation accrue.

Des instituts de sentencing, comme ceux de la Colombie-Britannique, permettent aussi d'informer les juges sur la disponibilités ou l'efficacité de diverses peines. Contrairement aux conseils de sentencing qui consistent dans des rencontres hebdomadaires, les instituts sont des conférences annuelles attirant un nombre important de juges et d'autres personnes intéressées à la question du sentencing, en vue de discuter d'une gamme étendue de problèmes, dont les objectifs du sentencing,

les services disponibles dans le domaine de la correction et des analyses statistiques sur les pratiques existantes. De telles rencontres devraient contribuer à favoriser une compréhension et une perspective communes sur les objectifs et la détermination des sentences.

L'exigence que la sentence soit motivée par écrit peut aussi être un moyen de contrôler le pouvoir discrétionnaire en matière de sentencing. Ce serait imposer un fardeau administratif à la fois trop lourd et sans objet que d'exiger l'énonciation des motifs dans tous les cas. Toutefois, au moment crucial où le juge décide qu'une peine de prison est nécessaire, l'énoncé par écrit des motifs aiderait à promouvoir l'uniformité dans l'application des critères et dans la pondération des divers facteurs. L'énoncé des motifs à l'appui de la sentence favoriserait une plus grande cohérence et faciliterait la tâche des cours d'appel. En plus d'avoir une valeur thérapeutique pour le délinquant, l'énoncé des motifs devrait également aider les autorités correctionnelles.

La justice exige, cela va sans dire, que les procédures relatives au sentencing comportent des conclusions précises sur toutes les questions de fait controversées ayant trait à la sentence, particulièrement dans les cas importants. Ces conclusions, ainsi que l'existence de motifs écrits et de conditions précises, devraient non seulement promouvoir une plus grande uniformité dans la conception du sentencing, mais également manifester l'administration que de la justice se fait d'une façon ouverte et impartiale.

Il est essentiel au sentencing qu'il s'appuie sur une information adéquate, en particulier dans le cas d'un plaidoyer de culpabilité. En pareil cas, il se peut que le tribunal ait une connaissance partielle des faits et ignore le contexte général de l'infraction. Dans une moindre mesure, la même remarque s'applique aux causes contestées. En effet, les règles de la preuve et les exigences du procès font que la situation qui a entraîné la perpétration du crime est souvent présentée au tribunal dans le cadre étroit des questions de droit et de preuve pertinentes, si bien que le contexte de l'infraction ne peut jamais ressortir.

Lorsque le délinquant est représenté par un avocat minutieux, l'exposé de ce dernier devrait aider considérablement le juge. Trop souvent, malheureusement, les avocats considèrent que leur tâche s'arrête dès qu'un verdict de culpabilité est rendu. Ainsi, selon une étude faite au Canada, les procureurs de la Couronne font des recommandations quant à la sentence dans 72 pour cent des cas, alors que les avocats de la défense n'en font que dans 24 pour cent des cas. Les techniques plus récentes de conciliation, particulièrement celles en vigueur à New York, montrent le rôle important que peut jouer l'avocat de la défense, non seulement en renseignant le tribunal, mais également en

ayant recours aux services qu'offre la collectivité pour la surveillance des peines non carcérales, de même qu'en faisant les arrangements nécessaires à une procédure de conciliation préalable au procès.

A l'heure actuelle, les rapports pré-sentenciels servent surtout de source de renseignements pour le juge qui n'est pas encore fixé sur la peine qu'il convient d'imposer. Les études publiées sur ces rapports remettent en question leur efficacité et signalent les divergences d'opinions dont ils font l'objet. Certaines données tendent à démontrer que le contenu et les recommandations des rapports dépendent non seulement de la politique de sentencing, mais également de l'idée que se font les agents de probation de ce que le juge attend d'eux. Comme les policiers, les agents de probation se laissent influencer par leur intérêt professionnel et sont sensibles aux attentes du milieu. Étant donné le temps énorme qu'exige leur préparation, il faudrait songer à faire de ces rapports un meilleur emploi.

L'apport de la communauté dans la détermination des peines

Le présent document a constamment mis l'accent sur la nécessité de maintenir une communication ouverte entre l'administration de la justice, la victime et la collectivité. En comparaison avec les contrôles sociaux que peut fournir la communauté, la loi constitue un moyen de défense fragile et de dernier recours des valeurs fondamentales. C'est pourquoi les ressources que le milieu consacre au développement de la vie familiale, de la santé physique et mentale des individus, de la vie économique, de l'habitation et des rapports sociaux, constituent les meilleurs moyens de protéger les valeurs fondamentales. Si les individus et les organismes qui composent le milieu ne donnent pas à la police et aux tribunaux des moyens autres que l'emprisonnement, c'est la justice qui en souffre. Le bénévolat a donc un grand rôle à jouer, spécialement au niveau des procédures de conciliation préalables au procès, en offrant aide, compréhension et travail aux délinquants. Une constante communication entre le délinquant et la communauté prend une importance particulière dans l'étape qui suit la condamnation. Les individus et les organisations doivent fournir, entre autres services, surveillance, aide, traitements, travail et loisirs si l'on veut amoindrir les effets infamants de la condamnation et de l'emprisonnement.

En effet, à l'étape sentencielle, l'une des façons de maintenir une communication avec la collectivité et les valeurs que celui-ci défend, consisterait à faire siéger des membres de la communauté avec le juge afin qu'ils participent à la détermination de la peine. Des pays comme le Danemark procèdent de cette façon depuis plusieurs années et, bien que les juges ne se montrent pas enthousiastes à l'égard de cette procédure, au moins, la communauté voit d'un bon œil cette occasion qui lui est donnée de participer.

La participation des citoyens à la détermination de la sentence peut, particulièrement dans les cas où l'opinion des assesseurs peut l'emporter sur celle du juge, donner lieu à une plus grande disparité des sentences, aux préjugés, voire à l'injustice si le délinquant fait l'objet du ressentiment général. Le vote des deux assesseurs pourrait l'emporter sur celui du juge, mais il est plus probable que les assesseurs tenteraient dans un tel cas de s'entendre avec ce dernier. Si la décision du juge devait être minoritaire, aucun problème ne se poserait dans la mesure

où la peine serait conforme aux principes et normes énoncés dans le manuel de sentencing. Les sentences pourraient faire l'objet d'un appel, comme c'est actuellement le cas, de sorte que si la peine n'était pas compatible avec d'autres peines imposées dans des cas semblables, il pourrait toujours y avoir révision. Le risque que l'émotivité ou les préjugés donnent lieu à des disparités déraisonnables n'est probablement pas plus grand avec les assesseurs qu'avec les juges. Ainsi, selon des études effectuées sur les peines imposées par un jury, en comparaison avec celles imposées par un juge, les craintes à l'effet que les jurés pourraient être partiaux ou avoir des préjugés ne se justifient pas. De plus, comme nous l'avons fait remarquer, on peut empêcher l'abus du pouvoir discrétionnaire au moyen d'une déclaration énonçant les objectifs, critères et normes applicables, qui figurerait dans le manuel de sentencing, et au moyen de dispositions autorisant la révision des sentences en appel.

D'autre part, le recours aux assesseurs renforcerait le rôle de socialisation que joue le droit pénal auprès de plusieurs citoyens. Le recours aux assesseurs pourrait aussi contribuer à réduire la criminalité et favoriser l'intérêt de la collectivité pour l'administration de la justice et accroître sa participation. De même, se multiplieraient les occasions de réaffirmer les valeurs et les intétêts fondamentaux dont la communauté veut assurer la protection. La participation des assesseurs devrait ainsi promouvoir le principal objectif du sentencing: la protection de la collectivité par un renforcement des valeurs fondamentales touchant, entre autres, la vie privée, la propriété ou l'inviolabilité de la personne.

L'indemnisation

Finalement, si l'on veut que le sentencing contribue à une reconnaissance satisfaisante du rôle de la victime et de la nécessité de la restitution, il sera nécessaire de tenter d'assurer un travail aux délinquants et de leur donner un salaire qui ne soit pas inférieur au salaire minimum. Même alors, il se peut que dans certains cas, le délinquant ne soit pas en mesure de faire restitution. En pareils cas et dans celui où le délinquant n'a pas été arrêté ou déclaré coupable, l'État devrait soit suppléer aux paiements que fait le délinquant, soit verser à la victime, de sa propre initiative, une juste indemnité. Certains régimes d'indemnisation existent, dans plusieurs pays, mais peu nombreux sont ceux qui se fondent sur une théorie du sentencing ou de la correction.

On peut dire que les régimes d'indemnisation se justifient par la «réciprocité sociale» dans laquelle H. L. A. Hart, voit le fondement de la société. De la même façon que l'indemnisation pour les accidents de travail se fonde sur l'obligation sociale de compenser les pertes que subissent les individus à la suite de risques encourus dans l'exécution d'une industrie utile, de la même façon, une société qui se veut ouverte et libre d'un contrôle policier omniprésent, devrait indemniser, en raison de réciprocité sociale, la victime d'un acte criminel. Ainsi, l'indemnisation des victimes d'actes criminels n'est pas purement une question de droit privé, car l'intérêt public est en jeu. Ce n'est pas uniquement une question d'humanité ou de bien-être mais également une question d'équité et de justice. De fait, à un niveau pratique, un régime global d'indemnisation sert à promouvoir la sécurité générale. Une prompte indemnisation peut avoir pour effet d'alléguer l'appréhension qu'éprouve la victime et le public à la suite d'un crime. Pour la victime en particulier, l'indemnisation peut s'avérer un secours psychologique tout autant que pécuniaire. Dans des documents à venir portant sur la restitution et l'indemnisation, nous examinerons plus à fond cet aspect de la politique de la détermination des peines.

Résumé

Si l'on accepte que l'un des objectifs du droit pénal est de protéger certaines valeurs fondamentales de la société, ne faut-il pas accepter aussi que la détermination de la peine et de la sentence joue un rôle important dans la manifestation de ces valeurs? Il ne faut pas perdre de vue l'effet éducatif du processus de sentencing. Le tribunal peut, par l'imposition de la sentence, influencer la conduite des citoyens en leur réitérant l'approbation sociale d'un comportement respectueux des lois et en les invitant à continuer dans le droit chemin. Dans d'autres cas, la sentence du tribunal peut montrer qu'un comportement donné mérite un blâme plus ou moins important que celui qui s'y attachait antérieurement. Cette fonction de la sentence est particulièrement réaliste dans une société de transition où les valeurs subissent une reconsidération constante.

L'histoire et les sciences sociales montrent que presque toutes les sociétés humaines, indépendamment de leur structure politique, doivent être disposées à accepter la criminalité comme une réalité. En même temps, une masse de plus en plus importantes de recherches et d'écrits remet en doute l'effet de dissuasion du sentencing lui-même, par opposition à l'effet global de dissuasion qui résultent l'appréhension, l'arrestation, le procès et la condamnation publique. De plus, des études pénologiques montrent que l'idéal de la réadaptation sociale n'est pas le remède miracle que l'on croyait. En outre, la réadaptation sociale et la dissuasion soulèvent toutes deux des questions quant au droit de la société sur le plan de la morale, d'utiliser une personne uniquement pour servir d'exemple aux autres, ou de soumettre un détenu à un traitement sans son consentement, particulièrement lorsque ce traitement est «expérimental» ou est susceptible de provoquer des changements physiques ou psychologiques durables.

Toutefois, malgré les doutes que l'on peut avoir quant à l'effet de la peine aux plans de la réadaptation sociale et de la dissuasion, le simple bon sens exige que le droit pénal continue à imposer des sanctions afin de combattre la criminalité. Sous son aspect positif, le sentencing peut servir à souligner l'atteinte faite aux valeurs protégées, réaffirmer les valeurs mises en péril par l'infraction et contribuer au rétablissement de l'équilibre social, une fois le crime découvert.

Si l'on accepte de voir avant tout dans le processus de la détermination et de l'imposition de la peine, un processus d'apprentissage qui

se fait au moyen de la hiérarchisation et de la confirmation des valeurs, on se doit de trouver des procédures de rechange. Par exemple, les crimes, et ils sont nombreux, où l'aggresseur et la victime sont non pas des étrangers mais bien des membres d'une même famille ou d'un même voisinage, pourraient être soumis à un processus de conciliation ou d'arbitrage et non pas nécessairement à la procédure contradictoire des tribunaux criminels.

La définition du crime en tant que forme de conflit comporte des implications non seulement sur les procédures de règlement du conflit mais aussi sur le rôle que l'État et la victime doivent avoir dans ces procédures. A notre avis, l'État pourrait, dans plusieurs cas, se permettre d'oublier le caractère prédominant de son rôle et laisser la victime prendre une part active au Règlement et à la conciliation. Même dans les affaires qui se rendent à procès, il y aurait lieu de donner plus de place aux intérêts et au rôle de la victime.

Si l'on accepte que le crime soit l'expression d'un conflit et que le droit pénal ait un rôle important à jouer dans la définition des valeurs mises en cause par ce conflit, on doit reconnaître, du même coup, l'importance qu'il y a de pouvoir disposer des causes sans qu'il y ait de condamnations ou même, dans certains cas, de disposer d'une cause par voie de condamnation sans toutefois imposer la sanction habituelle. Il faudrait juger dans chaque cas, à partir de critères précis, si le préjudice en cause mérite de faire l'objet du rituel complexe du procès et de la sentence, ou si un règlement, une médiation ou une simple condamnation suffirait. L'arrestation, le procès ainsi que les procédures de conciliation et d'arbitrage comportent en eux-mêmes un effet éducatif et punitif. En ce sens, les sanctions peuvent intervenir à trois niveaux: (1) lors des procédures de conciliation ou d'arbitrage préalables au procès, (2) au procès proprement dit et (3) au prononcé de la sentence par le tribunal.

Si l'on veut à la fois assurer la fonction éducative du sentencing et tenir compte du préjudice subi par la victime, on peut mettre l'accent sur la restitution dans le cadre d'un régime d'indemnisation des victimes d'actes criminels. En effet, la restitution est de nature à favoriser la réconciliation entre le délinquant, la victime et la société. Même dans les cas les plus graves qui font l'objet d'un procès, on devrait penser à la restitution et à des sanctions orientées vers les intérêts de la collectivité. Quant à l'emprisonnement, en raison des coûts qu'il implique et de son efficacité discutable, on ne devrait y avoir recours qu'avec une grande modération alors même que diverses mesures restrictives de liberté pourraient, de concert avec la probation, le remplacer pour certaines catégories de délinquants. Nous étudierons les questions de la

restitution, de l'emprisonnement et de la probation dans des documents ultérieurs.

Il découle des considérations qui précèdent sur la nature du crime et la fonction du sentencing, que les peines et les sanctions devraient être déterminées d'après ce qui est juste et équitable. Nous avons déjà laissé entendre que l'intervention étatique par le sentencing se justifie dans la mesure où elle sert à protéger les valeurs fondamentales de la société. Toutefois, l'étendue et le degré de cette intervention ne devraient pas se mesurer uniquement en fonction du bien commun, mais elles devraient également être tempérées par les notions ordinaires de justice et d'équité. Ainsi, l'innocent devrait être à l'abri du processus de sentencing; les peines et les sanctions ne devraient pas être inhumaines ou cruelles; les peines et les sanctions devraient être proportionnelles à l'infraction; des types semblables de situations devraient, autant que possible, être traités de la même façon.

Éventuellement, il se peut que nous en arrivions à une meilleure connaissance du traitement, de la réadaptation sociale ou de la dissuasion, et que l'on en tire une politique. A l'heure actuelle, la réadaptation sociale ne devrait pas être complètement éliminée, et on devrait continuer d'en tenir compte dans l'imposition d'une peine juste et équitable. De même, la dissuasion dans la mesure où elle a un effet, ainsi que la neutralisation, peuvent exprimer la nécessité de défendre le bien commun.

La mise en œuvre des principes précités devrait permettre de disposer de nombreuses infractions au moyen de la restitution et ce, dans le respect de la justice et de l'équité. Sans aucun doute, il sera parfois nécessaire d'avoir recours à la privation de liberté, particulièrement pour les infractions très graves, ou lorsque le délinquant est un multi-récidiviste, ou lorsque certains éléments de preuve tendent à démontrer que si le délinquant était relâché, il commettrait probablement sans tarder un autre crime de violence.

Une aspect important de la philosophie proposée en matière de sentencing veut que la victime puisse réclamer à la société une indemnité pour les dommages qu'elle a subis. L'indemnisation pourrait être accordée au nom de la charité ou parce que la société a failli à son devoir de protéger l'individu, mais il est peut-être préférable de considérer que l'indemnisation découle de la réciprocité de la vie en société. Dans l'intérêt d'une société libre et ouverte, il faut dans une certaine mesure tolérer la criminalité; on en arriverait autrement à une société fermée, excessivement contrôlée et répressive. Toutefois, dans le maintien d'une société relativement tolérante, il faut tenir compte des victimes d'actes criminels pour qui la restitution ne peut être une réparation complète.

En matière de sentencing, il existe également un problème de disparité, particulièrement en ce qui concerne la durée des peines de prison. C'est là une chose inquiétante, dans la mesure où la disparité découle d'une absence de principes fondamentaux. Il ne s'agirait pas d'enlever tout pouvoir discrétionnaire aux poursuivants, aux juges ou aux agents de libération conditionnelle, mais plutôt de systématiser et de structurer leur pouvoir discrétionnaire au moyen d'une déclaration législative de principes, énonçant des objectifs, des normes et des critères. On peut également contribuer à assurer un exercice uniforme du pouvoir discrétionnaire en exigeant que les décisions soient motivées par écrit, en instituant des conseils de sentencing et en stipulant que les décisions doivent être prises ouvertement et faire l'objet d'une révision ou d'un appel.

Finalement, si l'on veut respecter l'idéal de la justice dans la détermination des peines et le prononcé de la sentence, il faut que le mécanisme de décision susceptible d'affecter les intérêts du prévenu, respecte davantage les exigences de l'équité. Nous reviendrons sur cette question dans un autre document, de même que sur celle de l'indemnisation des victimes d'actes criminels.

Dans la présente étude nous avons tenté d'énoncer les principes fondamentaux qui nous serviront de guides pour l'étude des questions particulières et pour la formulation de recommandations concrètes. Les réactions et les commentaires suscitées par la présente étude joueront un rôle important dans la poursuite de nos travaux.